



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

O DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA FRENTE AO CASO DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA

Nádia Carneiro Vilela

**CURSO DE MESTRADO CIENTÍFICO EM
DIREITOS FUNDAMENTAIS**

LISBOA

2019



UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS – DIREITOS FUNDAMENTAIS

**O DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA FRENTE AO CASO DA
MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA**

Nádia Carneiro Vilela

Orientadora: Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração de Direitos Fundamentais, no ciclo de estudos do Mestrado em Ciências Jurídicas – Direitos Fundamentais, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação da Professora Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves.

Lisboa

2019

O DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA FRENTE AO CASO DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA

Nádia Carneiro Vilela

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, na área de concentração de Direitos Fundamentais, no ciclo de estudos do Mestrado em Ciências Jurídicas – Direitos Fundamentais, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, sob a orientação da Professora Doutora Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves

Aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dra. _____

Orientadora: Professora Dra. Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves

Prof. Dr. _____

Arguente

Prof. Dr. _____

Examinador

Prof. Dr. _____

Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço, acima de tudo, à minha família por todo o incondicional apoio durante todos os anos desta caminhada.

Aos amigos, colegas e funcionários da Biblioteca da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa que participaram e contribuíram no dia a dia da elaboração deste trabalho.

Agradeço à Professora Dra. Sílvia Isabel dos Anjos Caetano Alves, pela prontidão e disponibilidade com que aceitou ser minha orientadora e pelo acompanhamento durante o trabalho.

DEDICATÓRIA

A Mário, Mércia e Yuri.

RESUMO

A cultura representa um fenômeno mutável, transformando-se e aperfeiçoando-se com o homem e a sociedade. A evolução do entendimento de cultura refletiu-se, ao longo dos anos, também sob aspectos constitucionais e, assim, houve um avanço desse entendimento no decorrer de todas as Constituições existentes até então. Isto contribuiu para a concepção atual do direito à cultura como direito fundamental. Este, assim como qualquer outro direito fundamental, não é absoluto e, por isso, pode sofrer limitações desde que esteja em confronto com situações de máxima gravidade, como é o caso da Mutilação Genital Feminina. Esta prática representa um ritual de iniciação para a vida adulta realizado em meninas (por vezes, mulheres), as quais são excisadas em seus órgãos sexuais, perdendo parte de suas capacidades de fruição sexual, lesando suas integridades físicas e psicológicas. Mas, a questão principal que se coloca reside no fato de que o mesmo mundo globalizado em que vivemos, que permite a miscigenação e a troca de culturas entre os diversos povos e nações, também possibilita que as pessoas que imigram tragam uma bagagem cultural e hábitos que podem não ser permitidos – ou até repudiados – dentro do território de destino. É exatamente isso que acontece com a MGF, uma prática motivada por valores culturais, porém proibida e criminalizada em Portugal. Isto porque, para além de representar grave atentado a direitos humanos, também consiste na violação do pilar estruturante do Estado de Direito, a dignidade da pessoa humana. Esta merece ser respeitada, protegida e promovida e, portanto, a partir do momento em que um direito fundamental – à cultura – é capaz de entrar em choque com outros direitos fundamentais, sobretudo, o direito à integridade física, à saúde e à vida, significa ser necessário fazer uma ponderação. Esta ponderação implicará na restrição a um direito fundamental.

Palavras-chave: Cultura – Direito Fundamental à Cultura – Restrição aos direitos fundamentais – Mutilação Genital Feminina – Dignidade da Pessoa Humana.

ABSTRACT

Culture represents a mutable phenomenon that transforms and improves with society. Over the years, the better understanding of culture has been reflected also under constitutional aspects and, thus, there has been an advance of this understanding over the all existing Constitutions so far. This has consequently contributed to the conception of the right to culture, which belongs to the list of fundamental rights. In this regard, the fundamental right to culture, as well as any other fundamental right, is not absolute and, therefore, may suffer limitations provided that it is in confrontation with extremely serious situations, this being the case of Female Genital Mutilation (FGM). Such practice, performed on girls and sometimes, women, represents a ritual of initiation into adulthood, which consists on excising their sexual organs, obliterating part of their capabilities of sexual enjoyment and violating their physical and psychological integrity. However, the main question lies precisely in the fact that - although FGM originates and takes place predominantly in some African countries - the same globalized world that allows for the miscegenation and exchange of cultures among different peoples and nations, also allows the immigrants to bring a cultural background and cultural traditions that may not be permitted - or even condemned - within the territory of their destination. That is precisely what happens with FGM, a practice motivated by cultural traditions, but prohibited and criminalized in Portugal. That is because, in addition to representing a severe attack on human rights, it also consists in the violation of the human dignity, a fundamental pillar of the rule of law. Human dignity must always be respected (both by the State and by private individuals), protected and encouraged. As a consequence, whenever a fundamental right, such as the fundamental right to culture, is able to be in conflict with other fundamental rights, - most importantly, the right to physical and psychological integrity, to sexual enjoyment and gender equality - it is necessary to make a reflection. This approach inevitably results in the limitation of one right to the detriment of the other, and in such cases, the dignity of the human person is established as a factor capable of deciding which will be the right that should prevail.

Keywords: Culture - Fundamental Right to Culture - Rule of Law - Female Genital Mutilation - Dignity of Human Person.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
 CAPÍTULO I - BREVE INTRODUÇÃO SOBRE CULTURA E DIVERSIDADE CULTURAL	15
1 - UM HISTÓRICO SOBRE CULTURA	15
2 - CONCEITO DE CULTURA	19
2.1 - Emoções e Cultura	26
2.2 - Tradição e cultura	28
3 - DIVERSIDADE CULTURAL	29
 CAPÍTULO II - O DIREITO À CULTURA	32
1 - CULTURA E CONSTITUIÇÃO	33
2 - PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA CULTURA NO DIREITO BRASILEIRO	36
2.1 - Histórico constitucional do direito à cultura no Brasil	37
2.1.1 - Constituição do Império, de 1824	37
2.1.2 - Constituição da República dos Estados Unidos do “Brasil”, de 1891	39
2.1.3 - Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934	40
2.1.4 - Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937	41
2.1.5 - Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946	41
2.1.6 - Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967	42
2.1.7 - Constituição da República Federativa do Brasil , de 1988	44
2.1.7.1 - O direito à cultura sob a luz dos artigos 215 e 216 da Constituição de 1988	51

3 – PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA CULTURA NO DIREITO PORTUGUÊS	53
3.1 – Histórico constitucional do direito à cultura em Portugal	53
3.1.1 – Constituição Portuguesa de 1822	54
3.1.2 – Carta Constitucional de 1826	56
3.1.3 – Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1838	57
3.1.4 – Constituição Política da República Portuguesa de 1911	58
3.1.5 – Constituição Política da República Portuguesa de 1933	59
3.1.6 – Constituição da República Portuguesa de 1976	60
3.1.6.1 – Cultura como identidade cultural	62
3.1.6.2 – Educação, ciência e cultura	65
4 – O DIREITO À CULTURA A NÍVEL INTERNACIONAL	68
4.1 – Os documentos da ONU	68
4.1.1 – Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)	70
4.1.2 – Os Pactos Internacionais de 1966	73
4.2 – Os documentos da UNESCO	75
 CAPÍTULO III – PRÁTICAS CULTURALMENTE MOTIVADAS: A QUESTÃO DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA	 79
1 – AS PRÁTICAS CULTURALMENTE MOTIVADAS	79
2 – O CASO ESPECÍFICO DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA	83
2.1 – Origem, conceito e entendimento da prática	83
2.2 – Valores e justificações culturais	87
2.3 – Classificação	89
2.4 – Consequências	91

2.5 – O combate à prática da MGF	93
2.5.1 – No âmbito da ONU	94
2.5.2 – No âmbito do Conselho da Europa	98
2.5.3 – No âmbito da União Europeia	102
2.5.4 – No âmbito da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP).....	103
3 – A MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA EM PORTUGAL	105
3.1 – Educação e conscientização da comunidade	108
4 – UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS	111
 CAPÍTULO IV - LIMITES AO DIREITO À CULTURA	114
1 – DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA NO ESTADO DE DIREITO.....	114
1.1 – Um breve entender sobre direitos fundamentais	115
1.2 – Estado social e democrático de Direito	116
1.2.1 – Princípio do Estado de Direito	122
1.3 – Direitos culturais como direitos fundamentais no Estado de Direito	124
1.4 – Direito fundamental à cultura como direito de liberdade e como direito social	129
2 – DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DE DIREITO	131
2.1 – Um histórico sobre a dignidade da pessoa humana	132
2.2 – Concepção de dignidade da pessoa humana em harmonia com a perspectiva jurídica contemporânea	136
2.3 – Dignidade como limite ao direito fundamental à cultura	143
3 – O CASO ESPECÍFICO DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA E O DEVER DO ESTADO DE RESPEITAR, PROTEGER E PROMOVER A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	146
3.1 – Dever de respeito da dignidade	146

3.2 – Deveres de proteção e promoção da dignidade	150
3.3 – A Mutilação Genital Feminina como o direito à cultura que viola dignidade da pessoa humana	153

CAPÍTULO V - RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1 - NOTAS INTRODUTÓRIAS E CONCEITUAIS.....	157
2 - FUNDAMENTOS PARA A RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	161
3 - O CARÁTER RESTRITIVO DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	163
4 - OS TIPOS DE RESTRIÇÕES CONSTITUCIONALMENTE ACEITÁVEIS....	169
5 - OS LIMITES IMANENTES E A INVOCÇÃO DO DIREITO À CULTURA NO CASO DA PRÁTICA DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA.....	173

CONCLUSÃO

BIBLIOGRAFIA

INTRODUÇÃO

O presente estudo, a princípio, percorre um caminho sobre como a cultura começou a ser entendida pelo homem, desde o seu caráter primitivo – que tinha ligação com a terra, com o ato de cultivar – passando pelo entendimento sedimentado perante o século XX, em que começou-se a relacioná-la com as expressões artísticas, a linguagem, a religião e com as relações sociais, até, finalmente, chegar na concepção mais moderna de que a cultura não se resume apenas em manifestações artísticas e intelectuais, ela representa também os modos de vida, as formas de viver, os sistemas de valores, as tradições e as crenças das pessoas.

Acontece que, ao mesmo tempo que pode ser vista de maneira individual, a cultura também faz parte do âmbito coletivo. A necessidade de se considerar a cultura em separado, não exclui a necessidade de se contemplar os inevitáveis relacionamentos entre as mais distintas culturas. E, uma vez que pensar em cultura é pensar nos diversos povos, então é porque – justamente por estarem constantemente em ligação – merecem ser considerados de forma a haver coerência e equilíbrio entre essas relações.

A cultura é proveniente da criação humana e existe justamente porque existe o ser humano. É, portanto, considerada um fenômeno mutável. Os fenômenos culturais são variáveis de acordo com as épocas e isto, por certo, não poderia deixar de se refletir em âmbitos do Direito e nas diversas Constituições já existentes até agora.

A cultura, em si, é fruto de uma construção histórica da própria humanidade, portanto, não poderíamos deixar de notar como é que isso afetou a nossa construção histórico-constitucional (e, nesse aspecto, considera-se de grande valia as análises em campos constitucionais brasileiro e português), como

é que acompanhou o próprio ordenamento jurídico das sociedades e a partir de qual momento começou-se a ver a cultura com moldes já parecidos com os atuais.

E, quando pensamos sobre as consequências que esse caminho gerou para o entendimento moderno de cultura, logo entendemos o porque representa um direito fundamental. Cultura e Constituição andam sempre juntas. Constituição é um fenômeno cultural, portanto, nunca a cultura pode ficar fora da Constituição.

No cenário que se vive atualmente, de enorme globalização e miscigenação, é imprescindível que se analise quais as consequências que toda essa mistura de culturas pode causar, principalmente no que diz respeito à regulamentação de questões jurídicas. Para tanto, usa-se como caso concreto, no presente estudo, o caso da prática da Mutilação Genital Feminina, a qual representa um ritual de iniciação da vida adulta praticado por diversas comunidades, predominantemente em África, em que realiza-se a excisão clitoriana feminina.

No momento em que indivíduos naturalmente inseridos num contexto onde a Mutilação Genital Feminina é habitual, imigram para países como Portugal – realidade, inclusive, extremamente comum dentro deste território – eles trazem consigo seus costumes, práticas e toda uma bagagem cultural, como é evidente. Entretanto, como deve o Direito proceder perante esses casos em que está em causa, de um lado, o direito fundamental à cultura – de se autodeterminar, de liberdade, de crença, religião – enquanto que do outro lado, o direito à integridade física, à saúde, à vida, à capacidade de autodeterminação, à igualdade de gênero, dentre outros.

O que se pretende, finalmente, é saber quais os valores e princípios são levados em consideração no momento em que um Estado democrático de Direito se depara com uma situação em que é preciso fazer uma ponderação de valores. Nesse contexto, portanto, é que a dignidade da pessoa humana passa a estabelecer o liame dessa ponderação, o ponto de partida pelo qual se permite

chegar a uma limitação de um direito tão essencial e intrínseco ao ser humano, como o direito fundamental à cultura.

E, mais, quais as implicações que esta ponderação entre os direitos e a dignidade humana – presente em ambos os lados, em ambos os direitos em conflito – podem acarretar no momento em que se restringe um dos direitos fundamentais em questão. É que haverá de se encontrar, conseqüentemente, a fundamentação constitucional do caso concreto, isto é, a modalidade de restrição a direitos fundamentais cabível e mais adequada naquele caso.

CAPÍTULO I - BREVE INTRODUÇÃO SOBRE CULTURA E DIVERSIDADE CULTURAL

Apesar do enfoque deste trabalho ser de cunho jurídico, antes de mais nada é interessante começar por delinear linhas históricas e conceituais sobre cultura e diversidade cultural, para somente depois passar a tratar do Direito propriamente dito e todas as suas implicações. Além do mais, este primeiro capítulo ajudará a entender o motivo, o porquê da existência de certas culturas e tradições, em especial a Mutilação Genital Feminina que é tratada com mais profundidade perante o terceiro capítulo.

Ou seja, considerar primeiramente o que vem a ser cultura e diversidade cultural, bem como entender o seu desenvolvimento ao longo dos tempos, ajuda-nos a compreender como este fenômeno pode ter implicações diante do Direito, da Constituição e, conseqüentemente, na vida das pessoas.

1 - UM HISTÓRICO SOBRE CULTURA

A palavra cultura, etimologicamente, remete-se a um verbo que em latim diz-se *colere*, que por sua vez significa cultivar, zelar, cuidar. Assim, primitivamente, aludia-se ao cuidado e ao cultivo que o homem mantinha com a terra, com as crianças e com os deuses. Com a terra porque importava-se tudo aquilo que dela brotava e a cultura de tudo o que vinha da natureza, e por esse motivo a agricultura. Com as crianças porque importava-se o desenvolvimento e que se tornassem elementos virtuosos e apropriados para conviver em sociedade, e por isso a puericultura¹. E, também, com os deuses porque importava tudo

¹ Puericultura, do latim *puer*, *pueris*, que significa criança. É o ato de se dedicar aos cuidados com o desenvolvimento infantil.

aquilo que considerava ser sagrado, e por essa razão os cultos. Por todos esses aspectos, a cultura era concebida como algo extremamente positivo e carregado de benefícios, que se realiza, se frutifica e se desenvolve.²

Entretanto, no decorrer da história ocidental, esse sentido sobre o que era considerado cultura começou a se perder aos poucos. Somente na vigência do século XVIII, juntamente com o Iluminismo, é que a palavra cultura renasce, mas com outro sentido, como sinônimo de civilização. A partir desse momento, a cultura tornou-se um parâmetro para se medir o grau de civilização de certa sociedade. A cultura começou a ser compreendida como um conjunto de práticas (como por exemplo a filosofia, as artes e as ciências) capazes de hierarquizar regimes políticos de acordo com um parâmetro de evolução, o que significa dizer que a cultura converteu-se em sinônimo de progresso.³

Toda essa ideia a respeito da cultura estabelecida no século XVIII permaneceu também no século XIX, momento em que foi constituído um dos ramos das ciências humanas, a antropologia. Por esse motivo, os antropólogos acabaram por estabelecer uma medida ou padrão para calcular o grau de progresso de uma determinada sociedade. Esse padrão era, portanto, determinado conforme os parâmetros já existentes na Europa capitalista e regulado segundo a presença ou a ausência de três elementos, ou seja, o Estado, o mercado e a escrita. Desse modo, “todas as sociedades que desenvolvessem formas de troca, comunicação e poder diferentes do mercado, da escrita e o do Estado europeu foram definidas como culturas ‘primitivas’ ”, evidenciando uma cultura pouco evoluída ou, ainda, a falta de cultura.⁴

² Chauí, Marilena. **Cultura e democracia**. In: Crítica y emancipación : Revista latinoamericana de Ciencias Sociales. Año 1, no. 1 (jun. 2008-). Buenos Aires : CLACSO, 2008- . -- ISSN 1999-8104. Disponível em <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/CyE/cye3S2a.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2018. p. 55.

³ *Idem*.

⁴ *Idem*, p. 55 e 56.

Entretanto, já na segunda metade do século XX os antropólogos europeus, então, acabaram por edificar uma concepção mais ampliada sobre a cultura, culminando pela inauguração da antropologia social e da antropologia política. É a partir daqui que o termo cultura passa a ser concebido como nunca antes, isto é, compreendido como a produção e a criação da linguagem, da religião, da sexualidade, das formas de trabalho, das formas de habitação, da culinária, do lazer, da música, da dança, das relações sociais (como por exemplo as estruturas familiares), das relações de poder, da guerra e da paz, da vida e da morte. A cultura, assim, começa a ser entendida pelos indivíduos como um campo demasiado abrangente, capaz de envolver sentidos como o passado, o presente e o futuro, o que está próximo e o que está distante, o grande e o pequeno, o visível e o invisível, o verdadeiro e o falso, o feio e o bonito, o justo e o injusto, o permitido e o proibido, o sagrado e o profano.⁵

O que acontece é que tal abrangência desse entendimento sobre o que é cultura acaba por entrar em choque com as sociedades modernas devido a simples razão de que tratam-se, nem mais nem menos, de sociedades e não de comunidades. Estas últimas têm como principais características a ideia de bem comum e de que os seus integrantes possuem um sentimento latente de unidade de destino. Para além disso, é normal que as comunidades sejam entendidas pelos seus membros como algo natural, proveniente da família ou então como algo divino, ordenado por uma divindade, como por exemplo a Bíblia. Enquanto isso, diferente é o que ocorre com as sociedades, nas quais impera a divisão social e a divisão de classes e que, por influência do próprio capitalismo, ignora-se o sentido de comunidade, dando espaço a presença de indivíduos independentes, com desejos e interesses próprios e que, por isso, desprezam aquele princípio da indivisão característico das comunidades, o que acaba por traduzir, assim, em uma ideia de isolamento e fragmentação dos seus integrantes.⁶

⁵ *Idem*, p. 57.

⁶ *Idem*, p. 57 e 58.

Em outras palavras, e diante do que foi exposto até agora, difícil seria manter um conceito tão generoso e global de cultura, uma vez que vivemos em uma sociedade demasiadamente diversa com relação aos indivíduos que a compõe, os quais têm interesses, objetivos e destinos diferentes uns dos outros. Vivemos em uma sociedade dividida em classes – que traduz-se no oposto daquilo que se define ser a finalidade de uma comunidade indivisa – e que, exatamente por isso, está fadada a gerar uma divisão cultural. Nesse sentido, torna-se comum as evidências de uma segregação cultural principalmente entre aquilo que se entende por cultura formal – também conhecida por cultura letrada – e por aquilo que se conhece por cultura popular, que corresponde ao que se propaga espontânea e naturalmente nos veios da sociedade.⁷

E não poderia ser diferente, quando, por exemplo, pensamos em países como o Brasil, de dimensões continentais, dividido internamente em diferentes regiões, em que cada uma possui suas próprias características geográficas, é inevitável que se encontre dentro desse mesmo território diferenças culturais. Os próprios indivíduos possuem características bastante diferentes, como o grau de escolaridade, a classe social, além do que a população nacional foi constituída por grupos originários de diversas partes do mundo. Basta pensar na cultura indígena, ainda plenamente cultivada em algumas partes do Brasil, para se enxergar que a cultura brasileira é um exemplo da diversidade cultural, uma vez que se traduz em maneiras diferentes de se viver dentro de um mesmo território.

Todas as vezes em que o enfoque principal for a abordagem da cultura o que não podemos deixar de considerar, em primeiro lugar, é que a humanidade é rica e múltipla em todas as formas de sua existência, os agrupamentos humanos, assim como as características que os unem e

⁷ *Idem*, p. 58.

diferenciam, são complexos, mas a cultura é sempre capaz de os evidenciar e expressar.⁸

2 – CONCEITO DE CULTURA

Feitos os devidos apontamentos e uma breve introdução sobre o caminho que percorreram os entendimentos sobre a cultura, entra-se agora na melindrosa tarefa que será a tentativa de conceituar ou de, pelo menos, agregar concepções coerentes acerca do termo, podendo nos aproximar de um conceito sobre aquilo que vem a ser a cultura. É bem verdade que não será possível encontrar um conceito fechado, definitivo ou absoluto de cultura, uma vez que, usando as palavras de Jorge Miranda, trata-se de uma tarefa das mais difíceis e inglórias.⁹

De fato, diante das constantes transformações sociais e de toda a diversidade e a multiplicidade em que vivemos no mundo de hoje, seria inútil toda e qualquer tentativa de se definir um conceito fechado e estanque para cultura¹⁰. Nesse sentido, usando das palavras de Vasco Pereira da Silva, diz-se que a própria tarefa de definição da cultura já se traduz em uma “impossibilidade cultural”.¹¹

⁸ SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. 12 reimpr. 16.ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. Disponível em: <<https://ayrtonbecalle.files.wordpress.com/2014/03/o-que-c3a9-cultura-jose-luiz-dos-santos.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2018. p. 7.

⁹ MIRANDA, Jorge. **O património cultural e a Constituição – tópicos**. In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996. p. 253.

¹⁰ Nesse aspecto, faz-se uso também dos ensinamentos de Peter Häberle, posto que também entende que não se deve pressupor um conceito central de cultura, pois nunca será possível englobar todo o seu amplo e variado polifacetismo, nem do ponto de vista material, nem sequer ao nível da mera definição. Cf. HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Tradução castelhana de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 24.

¹¹ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 8.

E é exatamente por esse motivo que o próprio autor propõe uma delimitação de cultura por meio de três acepções possíveis, abertas¹², juridicamente relevantes e que coexistem no espaço e no tempo, quais sejam: a) uma acepção mais restrita que entende a cultura como uma realidade intelectual e artística – equivalente as “belas artes” e “belas letras” – do passado, do presente e do futuro; b) uma acepção intermédia que alcança não só o domínio da criação intelectual e artística, mas também o da ciência, do ensino e da formação; c) uma acepção mais ampla que entende a cultura como realidade complexa, enraizada em grupos sociais, agregados populacionais ou comunidades políticas, interligando elementos de ordem histórica, filosófica, antropológica, sociológica, ou mesmo psicológica, aglomerados de acordo com três vetores: 1) a tradição, representando a mediação daquilo que foi num momento determinado; 2) a inovação, como o desenvolvimento daquilo que já foi e torna-se aplicável à própria transformação social; 3) o pluralismo, sendo que um mesmo grupo humano pode dar origem simultaneamente a diversas culturas.¹³

Por conseguinte, todas as tentativas de conceituação, dentro do presente trabalho, serão sempre no sentido de se alcançar uma perspectiva, uma acepção mais adequada e justa, uma aproximação daquilo que vem a ser a cultura.

O termo cultura está comumente associado às Humanidades como literatura, arte, música, filosofia e religião. No entanto, como se verá adiante, a

¹² Todas as acepções abertas de cultura são relevantes do ponto de vista da ciência jurídica, entretanto, a mais relevante na óptica jurídico-filosófica é aquela acepção mais ampla, posto que entende a Constituição como realidade cultural e o Direito Constitucional como Ciência da cultura, desenvolvendo a capacidade de ir além do direito e alcançar a busca pela identidade cultural dos fenômenos jurídicos. Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 10 e 11.

Esse entendimento da cultura num sentido mais aberto e amplo representa o contexto de qualquer texto legal e de qualquer ação juridicamente considerável dentro de um Estado constitucional. Cf. HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Tradução castelhana de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 26.

¹³ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 9 e 10.

cultura representa-se muito mais ampla e abrangente do que o fato de ser relacionada apenas com as manifestações artísticas e intelectuais das comunidades e dos povos.

Para ilustrar justamente o fato de que a cultura abrange um campo muito mais amplo, a Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural¹⁴, proclamada pela Unesco (*United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*) no ano de 2001, exalta em seu preâmbulo que “a cultura deve ser considerada como o conjunto dos traços distintivos espirituais e materiais, intelectuais e afetivos que caracterizam uma sociedade ou um grupo social e que abrange, além das artes e das letras, os modos de vida, as formas de viver em comunidade, os sistemas de valores, as tradições e as crenças”.¹⁵

Para Will Kymlicka o termo cultura é capaz de englobar todo tipo de grupo, desde uma simples comunidade de adolescentes até as civilizações globais. O autor, que se refere ao termo cultura *societal*¹⁶, acredita que ela proporciona a seus membros uma forma de vida significativa por meio de toda a gama de atividades humanas, a incluir a vida social, educativa, religiosa, recreativa e econômica, alcançando as esferas pública e privada. São culturas que têm a tendência de se concentrarem territorialmente e que compartilham de uma mesma língua.¹⁷

¹⁴ Aqui, destaca-se que a Declaração em análise também está em consonância com as conclusões da Conferência Mundial sobre as Políticas Culturais (MONDIACULT, México, 1982), da Comissão Mundial de Cultura e Desenvolvimento (A Nossa Diversidade Criativa, 1995) e da Conferência Intergovernamental sobre Políticas Culturais para o Desenvolvimento (Estocolmo, 1998).

¹⁵ **Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural.** Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2018. p. 2.

¹⁶ Nesse sentido, o autor ressalta que o termo “cultura *societal*” é dado com o objetivo de enfatizar que não apenas compreendem memórias ou valores compartilhados, mas também instituições e práticas comuns.

¹⁷ KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías.** Barcelona: Piados, 1996. Disponível em: <<http://www.bivica.org/upload/ciudadania-multicultural.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2018. p. 112.

No entanto, resta salientar que o processo de criação das chamadas culturas sociais está intimamente ligado ao processo de modernização. Esta, por sua vez, implica na difusão por toda a sociedade de uma cultura comum, a incluir a língua padronizada que se manifeste nas instituições econômicas, políticas e educacionais. Isto se dá por alguns motivos, o primeiro deles é que parece ser uma exigência da economia moderna, uma vez que esta necessita também de mão de obra educada e culta. O segundo motivo é o fato de haver uma necessidade de um elevado nível de solidariedade dentro do Estado democrático em que vivemos, ou seja, a solidariedade de que necessita o chamado Estado de bem-estar, onde os cidadãos tendem a ter um maior sentimento de identidade e a capacidade, inclusive, de se sacrificarem uns pelos outros. O terceiro lugar revela-se pela necessidade de haver uma difusão de uma cultura comum capaz assegurar a igualdade de oportunidades dentro de uma sociedade, como por exemplo o fornecimento pelo Estado de uma educação pública padronizada a toda a sociedade, permitindo que os indivíduos de diversas classes e raças tenham garantidos, posteriormente, a igualdade de oportunidades.¹⁸

Em síntese, segundo Kymlicka, cultura seria um sinônimo de nação ou povo, composto por indivíduos de várias gerações, que ocupam o mesmo território ou pátria e que compartilham de um idioma e de uma história específica. Entretanto, isso não quer dizer que não devemos considerar também a existência de diversas culturas dentro de um mesmo território. Assim, é nesse

¹⁸ *Idem*, p. 112 e 113.

sentido que o autor em questão usa como exemplo aquelas famílias imigrantes¹⁹ incluídas num contexto social diferente daquele a que se originaram.²⁰

Esta é uma realidade que, na maioria das vezes, pertence aos imigrantes ao redor do mundo, que compõem as mais diversas nacionalidades e que, por variados motivos, decidem abandonar seu local de origem para viver e experimentar de outra cultura, ou seja, passar a viver em um local composto por indivíduos que compartilham dos seus próprios idiomas e história. Quando isso acontece, é inevitável que as pessoas carreguem para o território que imigraram toda uma bagagem cultural inerente a elas, seja pela língua que falam, pela roupa que vestem, pelos rituais que praticam, pelos alimentos que comem e a maneira que comem ou como os cozinham e por mais infindáveis motivos capazes de os caracterizar. Isso dá-se em razão de que a cultura representa tudo aquilo que caracteriza a população humana.

¹⁹ Nesse ponto, ressalta-se o que diz a autora Ana Rita Gil: “Em sentido geral, imigração corresponde à saída de uma pessoa do Estado da sua nacionalidade ou, no caso dos apátridas, do Estado da residência habitual – que, em muitos casos, aqui apelidamos de “país de origem” –, para passar a residir noutro Estado, do qual não é nacional. Neste sentido, a Organização Internacional para as Migrações define “imigrante” como aquele que se desloca de um país a outro com o fim de aí se estabelecer, e que não possui a nacionalidade do país de destino. Adotando este entendimento, excluiremos do âmbito do nosso estudo os chamados “imigrantes internos”, que são aqueles que se deslocam de uma zona do país para outra zona do mesmo país, com o objetivo de aí estabelecerem residência temporária ou permanente”. A autora diz, ainda, concordar parcialmente com o entendimento da União Europeia, consoante a qual “imigração” é “a acção pela qual um indivíduo que residia habitualmente num Estado-Membro ou num país terceiro estabelece a sua residência habitual no território de outro Estado-Membro por um período cuja duração real ou prevista é, no mínimo, de doze meses” (Art. 2.º, nº 1, alínea b), do Regulamento (CE) n.º 862/2007 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de julho de 2007, relativo às estatísticas comunitárias sobre migração e proteção internacional). Nesse sentido, portanto, a autora acredita ser prescindível o critério temporal determinado pela União Europeia – e, nesse ponto, aproveito para ressaltar que também partilho do mesmo entendimento –, bastando que haja um critério referente à finalidade da deslocação, ou seja, a intenção de estabelecer residência naquele novo território. Cf. GIL, Ana Rita. **Imigração e direitos humanos**. Lisboa: Petrony, 2017. p. 27 e 28.

²⁰ KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías**. Barcelona: Piados, 1996. Disponível em <<http://www.bivica.org/upload/ciudadania-multicultural.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2018. p. 113 e 114.

Aliás, é justamente neste contexto das imigrações e do fato de que os indivíduos, independente do lugar para onde vão, sempre carregam suas identidades culturais e seus costumes que, muitas vezes, surgem colisões com os costumes locais – ou seja, os costumes do lugar para onde imigraram. Mas o problema maior será, como veremos, quando estes costumes entram em colisão com outros direitos, o que pode dar lugar a uma necessidade de ponderação e, conseqüentemente, da análise das suas implicações.

Isto posto, a essa altura já podemos compreender que cultura é algo que inter-relaciona e que concerne a humanidade como um todo, mas, ao mesmo tempo, refere-se também a cada um dos povos em separado, cada nação, cada sociedade e cada grupo humano. Ademais, a necessidade de ser levado em consideração cada cultura em separado não pode se desligar da necessidade de se contemplar também os inevitáveis relacionamentos que existem entre as culturas. E não poderia ser diferente, uma vez que, se pensar em cultura é pensar nos diversos povos, então é porque sabemos que esses povos estão constantemente em interação.²¹

Nesse sentido, cumpre-se observar que, segundo os ensinamentos de Jorge Miranda, cultura envolve tudo aquilo que tem um significado espiritual e que, ao mesmo tempo, é capaz de adquirir uma relevância coletiva. Tudo o que se alude a bens não econômicos e, ainda, tudo o que está relacionado com as obras de criação humana, em contraposição à natureza.²²

É bem verdade que, exatamente por ter um caráter e uma feição coletiva, a cultura não é e nem poderia ser indiferente aos poderes públicos, apesar de não se confundir com a própria política em si. Sendo assim, as mais importantes áreas de intervenção estatal, atualmente, se evidenciam na educação,

²¹ SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. 12 reimpr. 16.ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. Disponível em: <<https://ayrtonbecalle.files.wordpress.com/2014/03/o-que-c3a9-cultura-jose-luiz-dos-santos.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2018. p. 8 e 9.

²² MIRANDA, Jorge. **O patrimônio cultural e a Constituição – tópicos**. In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996. p. 253.

ciência, tecnologia, comunicação social e na cultura *stricto sensu* (e, aqui, trata-se da área em que se inclui a proteção do patrimônio cultural). Vale lembrar, desde já, que os fenômenos culturais são variáveis de acordo com as épocas, as áreas e os regimes políticos, mas podemos considerar que a postura do Estado frente a esses fenômenos culturais resumem-se por graus crescentes de intervenção, ou seja: relativa indiferença; mera regulação externa, reconhecimento, garantia; apoio, favorecimento, promoção; tutela; direção; absorção.²³

Cada cultura é entendida de acordo com a realidade social a que faz parte e de acordo com a história de sua sociedade, e é exatamente por isso que se torna um fenômeno mutável. As tradições de uma cultura são mutáveis, dinâmicas e estão constantemente sujeitas a transformação com o passar do tempo. Nada do que é considerado cultural pode ser vedado ou estagnado, visto que a cultura faz parte de uma realidade em que a mudança representa uma circunstância fundamental.²⁴

Por vezes, observa-se que a cultura é tratada como um produto, o qual possui características bem definidas, como por exemplo quando ouvimos referências sobre a cultura grega, germânica, francesa, dentre outras. Nessas situações observa-se que foram extraídas as experiências históricas daqueles certos povos e, assim, é possível enxergar que estamos diante de modelos de culturas. Estes modelos culturais podem ser uma importante ferramenta que possibilitam medir o desenvolvimento e a evolução das sociedades humanas em certos campos, como por exemplo no âmbito das artes, das ciências e da agricultura, tornando-se um instrumento de reflexão sobre a história. Vale ressaltar que, por óbvio, esses modelos também estão em constante mutação e evoluem conforme o progresso das sociedades.²⁵

²³ MIRANDA, Jorge. **O patrimônio cultural e a Constituição - tópicos**. In: Direito do Patrimônio Cultural. Oeiras: INA, 1996. p. 253 e 254.

²⁴ SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. 12 reimpr. 16.ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. Disponível em: <<https://ayrtonbecalle.files.wordpress.com/2014/03/o-que-c3a9-cultura-jose-luiz-dos-santos.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2018. p. 47.

²⁵ *Idem*, p. 47 e 48.

Até o presente momento foi possível alcançar uma série de deduções com o objetivo de se aproximar de um conceito sobre o que é cultura e o que ela simboliza para a população humana. Desse modo, o que se pode dizer até agora é que cultura é uma construção histórica e proveniente da criação humana que não decorre de leis biológicas e nem da natureza. Diz respeito à humanidade em sua plenitude, mas também se refere a cada um dos povos, nações ou grupos humanos. A cultura não é estática e está sempre em evolução junto com os indivíduos e as sociedades, possui caráter coletivo e engloba tudo que é capaz de caracterizar a população humana. Pensar sobre a cultura é contemplar toda a riqueza, a diversidade e a multiplicidade em que vivemos.

2.1 – Emoções e Cultura

Oportunamente, optou-se nesse momento por tratar sobre as relações que a cultura pode ter com as emoções dos indivíduos, ou seja, com as suas respostas aos estímulos externos, que nada mais são do que as situações que ocorrem na vida de cada um.

De acordo com os ensinamentos de Augusto Silva Dias, “As emoções são reacções neurofisiológicas por meio das quais a pessoa interpreta e responde às situações da vida de todos os dias. Trata-se pois de esquemas interpretativos (ou cognitivos) indissociáveis tanto das circunstâncias concretas que os accionam como dos plexos de sentido que os sustentam. As culturas, por sua vez, são sistemas de significado, partilhados pelos membros de um grupo e transmitidos através de gerações, que coordenam o comportamento, contribuem

para a formação da identidade pessoal e asseguram a coesão colectiva. O sentido que anima os códigos ético-culturais pauta também a vida das emoções.”²⁶

O mencionado autor acredita que as emoções são capazes de atuar como fatores que estruturam a identidade e orientam o comportamento, enquanto que os valores e as normas culturais objetivam assegurar a sua regulação e controle. Exatamente por conta disso é que cultura e emoções se interpenetram e interagem entre si, sendo que a cultura influencia a maneira como as emoções são geradas e as emoções, por seu lado, induzem o desenvolvimento de representações e das práticas culturais. Mesmo assim, adverte-se que tudo isso não implica que as emoções sejam reações mecânicas ou involuntárias determinadas pela cultura, tão somente porque esta não é imutável e, ainda, as emoções são expressões únicas dos indivíduos. Entretanto, importa-se, aqui, dizer que as emoções apresentam, sim, componentes de cunho cultural e coletivo aptos a influenciar, de forma significativa, as atitudes e as reações psicológicas.²⁷

Experimentalmente e a título de exemplo, um ramo da psicologia transcultural evidenciou uma dimensão básica e universal das emoções, por meio de algumas investigações realizadas com pessoas de diferentes origens – asiática, europeia e americana. Estas pessoas, apesar de provenientes de culturas muito distintas, detinham algumas emoções em comum e exteriorizaram-nas por expressões faciais e vocais e de reações fisiológicas semelhantes, como a raiva, a repulsa, o medo, a alegria e a tristeza. Além dessas, há também alguma universalidade com relação a sentimentos referentes a experiências positivas (“ganhar um prémio, acabar um curso superior”) e negativas (“sofrer uma injustiça, morte de um ente querido”) que comumente ocorrem na vida de qualquer pessoa. Dessa forma, evidencia-se uma dimensão das emoções que

²⁶ DIAS, Augusto Silva. Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coords.). **Emoções e Crime. Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 61.

²⁷ *Idem*, p. 61 e 62.

pode ser chamada de universal, sendo que em todo o restante ela é marcada por particularidades culturais.²⁸

Solidifica-se, assim, que a cultura é hábil para influenciar a maneira como os seres humanos reagem aos acontecimentos da vida e sobre como enxergam e compreendem o mundo.

2.2 – Tradição e cultura

O antropólogo Jean-Pierre Warnier demonstra que podemos pensar na cultura como “a bússola de uma sociedade, sem a qual os membros não saberiam nem de onde vinham nem como se deviam comportar”. Seguindo esse raciocínio, é possível reconhecer, ainda, que a maneira pela qual a cultura se difunde e se transmite perante gerações e gerações dá-se por meio da chamada “tradição”²⁹. Esta, por sua vez, nada mais faz do que manter o passado no presente, onde ela é transmitida e recebida por todos aqueles que um dia também a propagarão.³⁰

²⁸ *Idem*, p. 60.

²⁹ A despeito disso, acrescenta o autor Jean-Pierre Warnier que o fenômeno industrial, ou seja, o desenvolvimento industrial acabou por gerar uma mundialização da cultura, alterando tradições e, conseqüentemente, a forma como a cultura hoje em dia é propagada e transmitida. Acrescenta: “A indústria intrometeu-se nas culturas-tradição, transformou-as e, por vezes, destruiu-as. Esta intromissão dá lugar a conflitos. Ela presta-se à controversa. Ela deve ser colocada no centro da análise da mundialização cultural. Com efeito, as culturas antigas transmitem-se por tradição, enquanto que a cultura industrial se consagra à inovação.” Prossegue no entender de que as culturas são singulares, diversas e localizadas, sendo que na maioria das vezes essa localização é geográfica e, exatamente por isso fala-se em “mundialização da cultura”, ou seja, como resultado da difusão mundial criada pela ocasião do desenvolvimento industrial. Cf. WARNIER, Jean-Pierre. **A mundialização da cultura**. Tradução de Luís Filipe Sarmiento. Lisboa: Editorial Notícias, 2000. p. 10 e 11.

³⁰ WARNIER, Jean-Pierre. **A mundialização da cultura**. Tradução de Luís Filipe Sarmiento. Lisboa: Editorial Notícias, 2000. p. 9 e 10.

O autor defende, ainda, o fato de que toda a cultura – aqui concebida “enquanto totalidade complexa que compreende as capacidades e hábitos adquiridos pelo homem enquanto membro da sociedade” – é socializada, isto é, todas as sociedades no mundo possuem a sua própria cultura e, portanto, não existe nenhuma cultura-tradição que não esteja relacionada, ligada ou incluída no contexto de uma determinada sociedade do mundo. Seria impossível, por conseguinte, a manutenção ou a difusão de uma cultura em apartado da sociedade que a fomenta.³¹

É natural que a cultura surja como um elemento identificador dos indivíduos e dos povos, formando um conjunto de padrões que são construídos e transmitidos de geração a geração como uma espécie de herança, se revelando por meio dos hábitos, dos rituais, dos costumes e de tudo aquilo que possa vir a caracterizar um povo e a fazer parte do seu acervo cultural. Dessa forma, o que acaba por acontecer é uma contribuição para a formação da identidade pessoal e cultural dos indivíduos, a ponto de se garantir a transmissão de valores que permitam a consequente manutenção daquilo que se entende por tradição.

3 – DIVERSIDADE CULTURAL

Com a sociedade globalizada em que vivemos hoje, torna-se cada vez mais latente a necessidade de se falar e de se entender a importância que a diversidade cultural representa, uma vez que é capaz de integrar as diferenças e as semelhanças dos indivíduos. Exatamente por esse motivo é que a Declaração Universal da Unesco sobre a Diversidade Cultural, defende a importância representada pela diversidade cultural e a reconhece, inclusive, como sendo um

³¹ *Idem*, p. 10 e 11.

patrimônio comum da humanidade. Assim, logo no seu primeiro artigo³² pontua que “a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza”.³³

A ideia de diversidade está intimamente conectada aos conceitos de pluralidade e de multiplicidade. Remete para as diferenças tanto culturais, como individuais ou religiosas, não se restringindo apenas aos fatores de raça e gênero³⁴, por exemplo. Assim como não há dois seres humanos biologicamente iguais, evidente que também não há os culturalmente iguais. E é exatamente por isso que acredita-se na importância de que os indivíduos já tenham essa noção da diferença desde quando frequentam as primeiras fases escolares. Deve-se, sim, promover o respeito³⁵, o conhecimento e a valorização de todos os grupos culturais, evidenciando os valores culturais e artísticos, tanto no âmbito nacional e regional, como também no global.³⁶

³² Na íntegra, o artigo em questão diz: Artigo 1.º – A diversidade cultural, patrimônio comum da humanidade. A cultura adquire formas diversas através do tempo e do espaço. Essa diversidade se manifesta na originalidade e na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade. Fonte de intercâmbios, de inovação e de criatividade, a diversidade cultural é, para o gênero humano, tão necessária como a diversidade biológica para a natureza. Nesse sentido, constitui o patrimônio comum da humanidade e deve ser reconhecida e consolidada em benefício das gerações presentes e futuras.

³³ **Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural.** Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2018. p. 3.

³⁴ Muito embora a concepção relativa a diversidade não esteja exclusivamente ligada a fatores referentes a raça e gênero, é bem verdade que estes dois são os principais grupos quando o assunto tem enfoque nas questões de igualdade, de oportunidades e de não discriminação. É exatamente por isso que, por vezes, relacionamos diretamente a concepção de diversidade com as questões de raça e gênero, no entanto, traduz-se em algo muito mais amplo e vasto que isso.

³⁵ Nesse sentido de promover o respeito aos valores culturais, dá-se como exemplo o que diz a Constituição Federal Brasileira de 1988 em seu artigo 210, ou seja: “Art. 210. Serão fixados conteúdos mínimos para o ensino fundamental, de maneira a assegurar formação básica comum e respeito aos valores culturais e artísticos, nacionais e regionais.”

³⁶ LOPES, Ana Maria D’Ávila. **Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo.** Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160330/Prote%C3%A7%C3%A3o%20constitucional%20dos%20direitos%20fundamentais%20culturais%20das%20minorias%20sob%20a%20perspectiva%20do%20multiculturalismo.pdf>>

Segundo Will Kymlicka, a diversidade cultural é valiosa porque possibilita a criação de um mundo mais agradável e harmonioso. Para além disso é capaz de fomentar a adaptação daquelas culturas que possuem modos mais alternativos de organização social. Nesse ponto de vista, geralmente considera-se a cultura indígena que, ao contrário da grande maioria das demais culturas, mantém um padrão de relacionamento sustentável com o meio ambiente, possibilitando inspiração e orientação para a tarefa essencial de conscientização para um meio ambiente sustentável e com menos excessos.³⁷

3%A3o_constitucional_direitos_177.pdf?sequence=2>. Acesso em: 11 de abril de 2018. p. 9.

³⁷ KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías.** Barcelona: Piados, 1996. Disponível em: <<http://www.bivica.org/upload/ciudadania-multicultural.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2018. p. 170 e 171.

CAPÍTULO II - O DIREITO À CULTURA

Primeiramente, e por razões meramente esclarecedoras, alerta-se que, a partir então deste estudo, na maioria das vezes será utilizada a expressão “direito à cultura”³⁸, ainda que, segundo Jorge Miranda, esta seja uma expressão que pareça designar muito mais os direitos relativos ao acesso a bens culturais, propriamente ditos, do que exatamente representar a verdadeira diversidade que significa e que engloba esse direito. Ainda mais porque, segundo o supracitado autor, de fato não existe um direito à cultura propriamente dito, assim como também não existe um direito à saúde, por exemplo. O que existe é uma porção de direitos de liberdade e de acesso à cultura, exatamente como existe um direito à proteção da saúde, por exemplo.³⁹

³⁸ Dentro desse mesmo sentido, pode-se fazer uma distinção entre “direito à cultura” e “direito da cultura”, de acordo como entendimento de Francisco Cunha Filho: “O primeiro, mais uma vez, remete aos aspectos genéricos e abstratos da convivência humana. Em princípio, refere-se a ‘um’ direito, embora de dimensão grandiloquente e amorfa. Corresponde, na linguagem da ONU, à prerrogativa de participar na vida cultural da comunidade. Com efeito, o direito à cultura constitui proteção contra mudanças abruptas e ilegítimas, mesmo porque até as próprias restrições a seu acesso, decorrentes, por exemplo, de segregações punitivas (prisões e outros castigos), integram o amálgama cultural que lhe dá substância. Pedro (2001, p. 212, tradução livre), ao mesmo tempo que sintetiza, localiza-o no mundo jurídico: ‘O direito à cultura contextualiza-se nos direitos culturais, como uma de suas principais manifestações, e os direitos culturais, por seu turno, nos direitos humanos’. A outra expressão – direito da cultura – permite vislumbrar “o” direito que rege relações específicas e tangíveis, com base em elementos palpáveis do universo cultural observado. Segundo os culturalistas franceses, a existência de um direito da cultura justifica-se na medida em que surgem os serviços públicos culturais demandados pela população e prestados pelo Estado; o poder de polícia cultural, consequência da atuação estatal; e o contencioso administrativo e judicial responsável pela solução de conflitos”. Cf. CUNHA FILHO, Francisco Humberto; BOTELHO, Isaura; SEVERINO, José Roberto (org.). **Direitos culturais**. vol 1. Salvador: EDUFBA Editora, 2018. p. 51 e 52 (53 e 54). Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26054/1/DireitosCulturais_CulturaPensamento-EDUFBA-2018.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

³⁹ MIRANDA, Jorge. **Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais**. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). *Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural*. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 174.

1 - CULTURA E CONSTITUIÇÃO

Como já visto outrora, a cultura engloba-se pelas diversas linguagens e inúmeras formas de comunicação, costumes e usos, pelas diferentes religiões, pelas distintas maneiras de absorção e de transmissão de conhecimento, pelas formas de organização política, pelos meios de cultivo da terra e do mar, bem como a capacidade de transformação dos produtos daí extraídos, e assim por diante.⁴⁰

Diante disso, não há como negar que, conseqüentemente, toda Constituição de um Estado nada mais é do que o espelho cultural da comunidade de onde se origina. Em outras palavras, a Constituição nada mais é do que também um fenómeno cultural, uma vez que suas linhas são capazes de refletir as crenças, as atitudes, a geografia e as condições económicas de uma sociedade, de exprimir carácter organizador capaz de determinar direitos e deveres de cada indivíduo e também dos grupos e garantir a vida coletiva como um todo.⁴¹

Usando, ainda, as palavras de Jorge Miranda “Uma Constituição só se torna efectiva e perdura quando o empenhamento em conferir-lhe realização está em consonância (intelectual e, sobretudo, afectiva e existencial) com o sentido essencial dos seus princípios e preceitos. E esse empenhamento, essa *vontade de Constituição* (Hesse) depende, por seu turno, do grau de cultura cívica – ou seja, de *cultura constitucional*⁴²– que se tenha atingido. A Constituição de 1976

⁴⁰ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Património Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 160.

⁴¹ *Idem*, p. 160 e 161.

⁴² Sobre esse tema, o constitucionalista alemão Peter Häberle sustenta a “cultura constitucional” como “a soma de atitudes e de ideias, de experiências subjetivas, escalas de valores e expectativas subjetivas e das correspondentes ações objetivas, tanto a nível pessoal do cidadão e de suas associações, quanto a nível dos órgãos estatais e de qualquer outro relacionado com a Constituição, entendida como um processo público.”. Cf. HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Tradução castelhana de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 36 e 37.

não se teria radicado como Constituição normativa sem o progresso da cultura constitucional entre nós.”.⁴³

Peter Häberle, em sua obra sobre Constituição e cultura, defende uma teoria da Constituição como ciência da cultura. Ele demonstra algumas formas de manifestação cultural dentro de uma Constituição, por exemplo, nas cláusulas gerais e específicas de Direito público relacionadas com a cultura⁴⁴; nos objetivos educacionais e de formação⁴⁵; nos elencos de competência da Federação (disposições do mandato); nas disposições relativas a direitos fundamentais (sobre direitos e liberdade culturais e sua proteção e promoção), assim como quanto a compreensão cultural-constitucional dos direitos fundamentais acima mencionados; nos preâmbulos, juramentos solenes e festividades oficiais.⁴⁶

Segundo este mesmo autor, o que realmente aparece normatizado como “direito constitucional cultural” são apenas os fragmentos de um todo chamado “cultura”. Estes chamados “fragmentos culturais” podem ser encontrados nos campos do saber, das artes, da educação e da formação profissional, bem como quando são definidos objetivos e metas educacionais e de política cultural ou desporto, por exemplo. Sendo assim, quando estes fragmentos aparecem tão vinculados com o próprio Direito é que se pode dizer que dão causa ao denominado Direito cultural.⁴⁷

⁴³ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 161.

⁴⁴ Aqui, o autor dá como exemplo a Constituição bávara, que no seu artigo 3 disciplinava “A Baviera é um Estado cultural”; o artigo 1.º, § 2.º, da Constituição saxônica que mencionava “Estado social de Direito com deveres culturais”; a Constituição de Brandemburgo em seu artigo 34.º, § 2.º – 1: “A vida cultural será promovida publicamente em sua variada multiplicidade, bem como a tradição e seu legado cultural”.

⁴⁵ Já nesse caso, cita como exemplo o artigo 56.3 e 4 da Constituição de Hesse: “tolerância” e o artigo 27.1 da Constituição saxônica: “Responsabilidade [...] frente a futuras gerações”.

⁴⁶ HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Tradução castelhana de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000. p. 28 e 29.

⁴⁷ *Idem*, p. 31 e 32.

Destarte, falar em Constituição cultural significa dizer não apenas que essa se limita somente ao que se refere a um conjunto de textos jurídicos ou a um mero elenco de regras normativas, mas também a um certo grau de desenvolvimento cultural, um meio de autorepresentação inerente a um povo, capaz de refletir o seu legado cultural e fundamentar suas esperanças e desejos.⁴⁸

Não obstante, Jorge Miranda alerta para uma determinada prudência que deve ser tomada não somente com relação à expressão “Constituição cultural”⁴⁹, mas também com uma outra que diz respeito ao “Estado cultural”. Por mais bem intencionadas que estas expressões pareçam ser – e são – é preciso cautela, principalmente, para que não se perca a unidade sistemática da própria Constituição. Ou seja, “Não há uma Constituição de direitos fundamentais independente da Constituição dos poderes e o Estado de Direito implica, precisamente, uma determinada conformação recíproca. Não existe uma Constituição cultural independente da Constituição política ou uma Constituição penal à margem da Constituição administrativa. E até quando os princípios respectivos tenham origens e formulações aparentemente discrepantes não podem ser lidos e entendidos senão no contexto da mesma Constituição material.”⁵⁰

Do mesmo modo, falar em um “Estado de cultura” é estar sob o risco de se pôr a cultura ao serviço do Estado ou da ideologia dominante do

⁴⁸ *Idem*, p. 34.

⁴⁹ Canotilho defende que o princípio da democracia econômica e social – assunto que teremos a oportunidade de tratar com mais detalhamento no Capítulo IV – tem nítidas incidências na denominada “constituição cultural” de Häberle. Alega: “Do conjunto das normas constitucionais referentes à “constituição cultural” (direito à educação e à cultura, direito ao ensino, direito ao desporto) verifica-se que o princípio da democracia econômica e social não se limita, unilateralmente, a uma simples dimensão econômica: quando se fala de prestações existenciais para “assegurar uma existência humana digna” pretende-se também aludir à indissociabilidade da “existência digna” de uma expressão cultural e, ao mesmo tempo, à inseparabilidade da “democracia cultural” de um *Daseinsvorsorge* material.” Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 330 e 331.

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 165.

Estado, deixando de lado a liberdade de criação e de crítica dos agentes culturais ou, inversamente, de se pôr o Estado a serviço dos agentes culturais, podendo gerar dependência e ameaçar as iniciativas vindas da sociedade civil.⁵¹

Diante disso, inevitável compreender que cultura e Constituição andam e devem andar sempre juntas. Nunca a cultura pode ficar de fora da Constituição, posto que esta representa o estatuto jurídico do Estado na sua dupla face de comunidade e de poder, enquanto aquela corresponde a uma das dimensões da vida em comunidade.⁵²

Por essas e outras razões é que, logo a seguir, passaremos a analisar o tratamento constitucional dado ao direito à cultura, ou seja, o que está e o que já esteve elencado e positivado nas Constituições brasileiras e portuguesas ao longo dos anos, perfazendo um caminho histórico interessante e que, por fim, vai nos ajudar a descobrir ou a entender como as Constituições são capazes de demonstrar os reflexos de cada época e como isso caminhou para chegar no que hoje entendemos como “Estado constitucional democrático de Direito”⁵³. Somente depois desse caminho é que se dedicará espaço para tratar do direito fundamental à cultura, propriamente dito, e como ele é hodiernamente considerado.

2 – PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA CULTURA NO DIREITO BRASILEIRO

Neste momento, a título de tentar perceber melhor quais foram os enquadramentos constitucionais que o direito a cultura teve ao longo dos anos,

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*, p. 164.

⁵³ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 87.

optou-se por fazer uma digressão pelo passado das Constituições, o que nos possibilita entender qual o enquadramento e qual a importância este direito obteve até chegar nos dias atuais.

2.1 – Histórico constitucional do direito à cultura no Brasil

Para que se entenda o presente cenário constitucional brasileiro, no que diz respeito ao tratamento reservado aos direitos culturais, aqui optou-se por apresentar um breve cenário sobre o tratamento da matéria pelas Constituições brasileiras anteriores à Constituição Federal de 1988 atualmente em vigor, fazendo um importante apanhado histórico que nos ajudará a entender o caminho que se percorreu até se chegar no modo como se encara o assunto hoje em dia.

2.1.1 – Constituição do Império, de 1824

A Constituição pioneira no Brasil data do ano de 1824 e foi chamada de Constituição do Império⁵⁴, uma vez que outorgada pelo Imperador D. Pedro I. Este determinou como principais medidas dessa Constituição, para além de seu fortalecimento pessoal, a criação de um Poder Moderador, um poder autoritário e que lhe conferia poderes como chefe supremo da nação, possibilitando interferência nos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A pessoa do

⁵⁴ A “Constituição Política do Império do Brasil” estabeleceu a monarquia constitucional representativa e foi influenciada ideologicamente pelo liberalismo. A lei encontra-se disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

Imperador era inviolável e sagrada, não sujeita a responsabilidades, conforme previa o artigo 99 da Carta.

No que concerne as garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, o artigo 179 trouxe um rol no qual, aqui, vamos conter as atenções apenas naqueles que representam os direitos culturais dos indivíduos. Assim, explicitamente fala em cultura no seu inciso XXIV, o qual garante que nenhum gênero de cultura pode ser proibido, sob a condição de que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos.

Já nos incisos XXXII e XXXIII a Constituição do Império consagra, respectivamente, o direito à educação gratuita – o qual se pode vincular com os direitos culturais simplesmente porque a educação é capaz de construir e consolidar parte da cultura presente nos indivíduos – e também ao se tratar da ciência e das belas artes, vez que estas igualmente se enquadram ao direito incipiente à cultura.⁵⁵

De modo semelhante, o inciso V do mesmo artigo 179, ainda que também não discipline o direito à cultura diretamente, garante que ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, desde que respeite a religião oficial do Estado e que não ofenda a moral pública. A religião oficial do Império, por sua vez, encontra-se disciplinada no artigo 5.º e continuava a ser a católica apostólica romana. As outras todas religiões existentes eram permitidas, desde que se limitassem ao culto doméstico ou em âmbito particular em casas para isso destinadas, mas que não tivessem qualquer forma exterior de templo.

Em vista disso, muito embora houvesse essa pseudo liberdade religiosa, sem dúvida havia uma maior distinção e proteção para com a “religião do Estado”. Sendo assim, evidente que as pessoas não estavam completamente

⁵⁵ LEMOS, Bruno Espiñeira. **Direitos Fundamentais: Direito comparado e as Constituições Brasileiras, Efetivação em precedentes do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Fortium, 2007. p. 67.

livres para exercer um dos seus direitos culturais, nesse caso representado pela religião.

2.1.2 – Constituição da República dos Estados Unidos do “Brasil”, de 1891

A Constituição de 1891⁵⁶ surgiu com a extinção da monarquia e consequente instauração da República. Deu-se, pela primeira vez, a forma federativa de Estado e foi consequentemente determinado que as antigas províncias passariam a integrar uma união perpétua e indissolúvel denominada “Estados Unidos do Brasil”.⁵⁷

Houve como inovação a *laicização* do Estado, que passou a não mais empregar uma religião oficial como outrora. Dessa forma, a liberdade religiosa começou por se tornar uma realidade constitucional, não mais sendo limitado ao âmbito particular e doméstico (“culto doméstico”), mas sim com a previsão de que o exercício religioso poderia ocorrer de modo público e livre (Artigo 72, § 3.º).⁵⁸

No que se refere ao tratamento dos direitos fundamentais é importante perceber que a Carta não disciplinou diretamente os direitos culturais. Entretanto, estabeleceu dentro do seu “Título IV – Dos Cidadãos

⁵⁶ A Constituição de 1891 foi inspirada no modelo norte americano, uma vez que seu ponto central foi a instauração de um ideário Republicano Federalista – instituiu a forma federativa de Estado e a forma republicana de governo (artigo 1.º) – e contou, ainda, com a significativa influência positivista de Augusto Comte. A lei encontra-se disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

⁵⁷ LEMOS, Bruno Espiñeira. **Direitos Fundamentais: Direito comparado e as Constituições Brasileiras, Efetivação em precedentes do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Fortium, 2007. p. 68.

⁵⁸ *Idem*, p. 69.

Brazileiros” a “Secção II – Declaração de Direitos”⁵⁹, no qual encontram-se alguns direitos pertinentes à cultura, especificamente dentro do artigo 72, quais sejam: o direito à educação leiga ministrada nos estabelecimentos públicos de ensino (§ 6.º), a liberdade de pensamento e de expressão (§ 12.º), a liberdade de escolha de profissão (§ 24), o direito à propriedade dos inventos industriais (§ 25.º), o direito de reprodução das obras literárias e artísticas (§ 26.º).

2.1.3 – Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1934

A terceira Constituição brasileira, intitulada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil⁶⁰, representa aquela que finalmente trouxe para o ordenamento jurídico consitucional a noção sobre direitos de 2ª geração, vindo a tratar da família, da educação, da cultura, do trabalho e da previdência social. Para além disso, tratou também pela primeira vez dos índios (artigo 129), assegurando a posse de terras e vedando a sua alienação.⁶¹

A cultura, por sua vez, ganha um evidente destaque constitucional no “Título V – Da Família, da Educação e da Cultura”, “Capítulo II – Da Educação e da Cultura” que logo no artigo 148 determina o dever do Estado de favorecer e animar o desenvolvimento da cultura em geral, protegendo os objetos de interesse histórico, o patrimônio artístico do país e a prestação de assistência ao trabalhador intelectual. Ademais, o artigo 155 consagra a liberdade de cátedra,

⁵⁹ Consagrou a “Declaração de Direitos” nos artigos 72 a 78.

⁶⁰ A Constituição de 1934 foi inspirada na Constituição alemã de Weimar (1919 – 1933), ou seja, nasceu com ares de Estado Social ao consagrar direitos sociais de 2.ª geração. A lei encontra-se disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

⁶¹ LEMOS, Bruno Espiñeira. **Direitos Fundamentais: Direito comparado e as Constituições Brasileiras, Efetivação em precedentes do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Fortium, 2007. p. 71 e 72.

ou seja, a liberdade acadêmica de aprender, ensinar e divulgar o conhecimento. Para além disso, a Constituição manteve os direitos consagrados na anterior, tais como a liberdade do exercício da profissão, o direito a propriedade dos inventos industriais e o direito de reprodução da obras literárias, artísticas e científicas (artigo 113).

2.1.4 – Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1937

A Constituição do ano de 1937⁶², que teve grande influência totalitária em analogia as existentes na Europa daquele período, foi derivada de um golpe de Estado que instaurou uma ditadura no Brasil. Acompanha-se de uma parte “Da Educação e da Cultura” que compreende os artigos 128 a 134, sendo que apenas este último artigo é que disciplina os direitos culturais propriamente ditos, uma vez que determina o dever cultural do Estado de “proteger os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens e os locais particularmente dotados pela natureza”.

2.1.5 – Constituição dos Estados Unidos do Brasil, de 1946

A promulgação da Constituição de 1946⁶³ representou juridicamente o retorno da democracia no Brasil e foi, em sua grande parte, assemelhada à Constituição de 1934, reafirmando alguns postulados desta.

⁶² A lei encontra-se disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

⁶³ A Constituição de 1946 foi totalmente antagônica à Constituição de 1937 e restabeleceu-se os direitos sociais e individuais dos cidadãos. Também devolveu a

Consagra dentro do “Título VI – Da Família, da Educação e da Cultura” o “Capítulo II – Da Educação e da Cultura” (artigos 166 a 175). Dentro disso, é importante realçar que o texto constitucional passou a ser expresso quanto ao amparo dado à cultura, pela primeira vez se reconhecendo o dever do Estado em fazê-lo. Além disso, previu ser a própria lei a responsável por promover “a criação de institutos de pesquisas, de preferência junto aos estabelecimentos de ensino superior”.⁶⁴

Para além disso, manteve-se como dever do Poder Público a proteção de “obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza”.⁶⁵ Ademais, resgatou-se alguns outros direitos relativos à cultura, como a liberdade de escolha de profissão, o direito de reprodução dos autores de obras literárias, artísticas ou científicas e o direito dos autores dos inventos industriais.⁶⁶

2.1.6 – Constituição da República Federativa do Brasil, de 1967

Após passar por um golpe militar no ano de 1964, surgiu no país a Constituição de 1967⁶⁷, a qual, na realidade, nada mais foi do que um mero documento histórico, “uma “folha de papel” manipulada pelas forças

independência e o equilíbrio entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. A lei encontra-se disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

⁶⁴ Artigo 174 da Constituição de 1946.

⁶⁵ Artigo 175 da Constituição de 1946.

⁶⁶ Artigo 141, §§ 14.º, 17.º e 19.º da Constituição de 1946.

⁶⁷ A Constituição de 1967 foi outorgada nos mesmos moldes da Constituição de 1937 em contexto extremamente autoritário e que garantia amplos poderes ao Presidente da República. A lei encontra-se disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

hegemônicas de poder que o conquistaram sob o amparo das armas, das “elites” econômicas receosas com a “ameaça comunista” e com forte sustentáculo norte-americano, e, junto com todos eles foi mantida, sem qualquer apelo ou apoio popular e com o silêncio da maioria, fruto do meio imposto a ferro, fogo e sangue.”⁶⁸

No entanto, com relação a estrutura constitucional relativa aos direitos culturais desta Carta de 1967 foi, praticamente, mantida a estrutura da Carta anterior. O dever do Estado de amparo à cultura, assim como o dever do Poder Público de proteger “os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas” são mantidos perante o artigo 172.

Ressalta-se, finalmente, que houve uma Emenda Constitucional no ano de 1969⁶⁹, que foi o reflexo da rigidez do regime militar que dominava aquele período, mas manteve a estrutura e o texto da Constituição com relação aos direitos culturais já dispostos nesta.

São pertinentes, aqui, as palavras de Bruno Espiñeira Lemos que diz que “uma Constituição que nasce “democraticamente”, mesmo que permaneça adormecida, tomada de síndrome de inefetividade, quando se trata de direitos fundamentais, traz consigo a certeza perene de que poderá ser despertada a qualquer instante. Já uma Constituição que surge do poder constituinte ilegítimo, espúrio quando se refere àqueles direitos elementares, é natimorta e apenas vem acompanhada do permanente desejo do seu definitivo

⁶⁸ LEMOS, Bruno Espiñeira. **Direitos Fundamentais: Direito comparado e as Constituições Brasileiras, Efetivação em precedentes do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Fortium, 2007. p. 78 e 79.

⁶⁹ Esta Emenda Constitucional de 1969 encontra-se disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

sepultamento, abrindo espaço para um novo horizonte de respeito ao ser humano em todas as suas dimensões”.⁷⁰

2.1.7 – Constituição da República Federativa do Brasil , de 1988

Após o término do regime militar e ditatorial no ano de 1985 o Brasil passava por um processo de redemocratização e, por isso, nesse mesmo ano foi convocada uma Assembleia Nacional Constituinte com o objetivo de elaborar um novo texto constitucional capaz de expressar a realidade social pela qual atravessava o país.

Foi promulgada, portanto, a Constituição da República Federativa do Brasil no ano de 1988⁷¹, qualificada por muitos como uma “Constituição-cidadã”, o que já era capaz de demonstrar uma significativa proteção humana em sua proposta. Havia, na época, uma latente necessidade de se formar uma pátria livre dos abusos sofridos até então, fundando-se um novo Estado de Direito, o qual era agora indissociável ao elemento qualificante e pétreo denominado “democrático”.⁷² Com efeito, já no preâmbulo destaca-se o intuito de um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.

Junto com a Carta de 1988 surgiu também um catálogo muito mais amplo de direitos culturais alaistrados pelos seus artigos. Desse modo, logo no

⁷⁰ LEMOS, Bruno Espiñeira. **Direitos Fundamentais: Direito comparado e as Constituições Brasileiras, Efetivação em precedentes do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Fortium, 2007. p. 79.

⁷¹ A lei encontra-se disponível para consulta em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

⁷² LEMOS, Bruno Espiñeira. **Direitos Fundamentais: Direito comparado e as Constituições Brasileiras, Efetivação em precedentes do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: Fortium, 2007. p. 80 e 81.

parágrafo único do artigo 4.º, que pertence ao “Título I – Dos princípios fundamentais”, dispõe-se prontamente a intenção de se buscar uma integração⁷³ política, social e cultural com os povos de toda a América Latina, apontando para uma comunidade latino-americana de nações.

Em seguida, mediante o “Título II – Dos direitos e garantias fundamentais” em seu “Capítulo I – Dos direitos e deveres individuais e coletivos”⁷⁴ surge o artigo 5.º com alguns incisos referentes a direitos culturais, como se passará a analisar a seguir.

O primeiro a ser aqui tratado é o inciso IV, que trata da proteção da liberdade de expressão, que nada mais é do que a garantia essencial da liberdade de cada indivíduo em exercer e desenvolver livremente a sua personalidade, garantindo a dignidade da pessoa humana e compreendendo, por conseguinte, o livre desenvolvimento dos seus ideais culturais mais intrínsecos. Por certo, a possibilidade de cada indivíduo se relacionar com seus semelhantes e com eles partilhar ideias e sentimentos representa uma das atitudes indispensáveis para a realização existencial.⁷⁵

O inciso VI garante ser inviolável a liberdade de consciência e de crença. A liberdade de consciência caracteriza a autonomia moral-prática do indivíduo e a possibilidade de autodeterminar-se quanto aos padrões éticos e

⁷³ Apesar de não se ter aqui o interesse no aprofundamento do tema de integração supranacional, importante destacar que os ideais integracionistas na América Latina não surgiram com esta Constituição, mas sim são tão antigos quanto a própria existência dos países que integram esta região. Este processo de integração conta, inclusive, com um organismo específico criado pela ONU chamado de CEPAL (Comissão Econômica para América Latina e Caribe). Nesse sentido, *vide* MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao artigo 4º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 181 – 183.

⁷⁴ *Vide* SARLET, Ingo W. Notas introdutórias ao Sistema Constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; ____; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 183 – 212.

⁷⁵ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5.º, inciso IV. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 255.

existenciais, seja por meio de sua própria conduta ou de outrem, seja em nível racional, mítico ou até mesmo de mistério. Já a liberdade de crença ou religiosa representa a faculdade do indivíduo de ter, não ter ou até mesmo deixar de ter religião.⁷⁶

No inciso IX destaca-se que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” e, aqui, o constituinte acabou por definir em termos mais amplos os horizontes da liberdade de expressão já previstos no inciso IV, com o objetivo de alargar ao máximo o raio de proteção desse direito. Defende-se, portanto, a liberdade de todo tipo de expressão⁷⁷ de ideias, opiniões e sentimentos.⁷⁸

Quanto ao inciso XXVII a Carta resolveu tratar de direito do autor, que tem por objeto, sobretudo, as obras literárias, artísticas e científicas. Convém lembrar que, atualmente, a propriedade intelectual – compreendida como aquela que recai sobre bens intangíveis resultantes da inteligência e do trabalho intelectual, tendo em vista, principalmente, o caráter de proveito material que deles se resulta – compreende duas grandes categorias, ou seja, de um lado o direito do autor e os outros que lhe são relativos e, por outro lado, a propriedade industrial. Esse inciso, apesar de não vincular expressamente o direito do autor à função de promover o desenvolvimento econômico, cultural e tecnológico do país – como acontece com o inciso XXIX, que se verá logo adiante – não deixa de

⁷⁶ NETO, Jayme Weingartner. Comentário ao artigo 5.º, inciso VI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 267.

⁷⁷ Nesse caso, guardadas as devidas controvérsias com relação à incidência da liberdade de expressão relacionadas à pornografia e a publicidade comercial, mas que, porém, não serão aqui aprofundadas.

⁷⁸ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 5.º, inciso IX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 273.

representar a sua função social⁷⁹, principalmente no que tange aos aspectos culturais.⁸⁰

Já o inciso XXIX, o objetivo do constituinte foi atingir o inventor ou o autor de criações com resultados econômicos e aplicabilidades industriais, ou seja, trata-se da propriedade industrial, que assegura a esses indivíduos a exploração econômica e industrial sobre seus inventos. Esta medida veio para incentivar o progresso tecnológico, científico, econômico e cultural do país, uma vez que a propriedade industrial pertence à categoria de direitos da personalidade, sendo capaz de representar traços da identidade cultural dos autores.⁸¹

O inciso LXXIII trata da possibilidade da proposição de ação popular por qualquer cidadão que vise anular ato lesivo ao patrimônio cultural. Trata-se de um dos instrumentos de pleno exercício e gozo da cidadania, essenciais ao Estado Democrático de Direito e, principalmente, que representa uma defesa efetiva de salvaguardar direitos culturais, expressos aqui, especificamente, pelo patrimônio cultural.

O artigo 23 da Carta, mais especificamente mediante seus incisos III, IV e V, traz expressamente a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em proteger os documentos de valor cultural (III), de impedir a evasão, a destruição e a descaracterização de bens de valor cultural (IV) e de proporcionar meios de acesso à cultura (V), o que acaba por representar o fato de que “o desenvolvimento sociocultural e econômico do país depende fundamentalmente da elevação do nível educacional e cultural e do

⁷⁹ A Constituição de 1988 estabeleceu em seu artigo 5.º, inciso XXIII que toda propriedade deve cumprir a sua função social, ou seja, deve ultrapassar aqueles interesses que são exclusivos e particulares do autor para atingir uma esfera mais coletiva.

⁸⁰ BASSO, Maristela. Comentário ao artigo 5.º, inciso XXVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 325 – 329.

⁸¹ BASSO, Maristela. Comentário ao artigo 5.º, inciso XXIX. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 333

progresso científico, explica o empenho que se demanda de todos os integrantes da Federação, no proporcionar meios de acesso à ferramentas básicas do processo desenvolvimentista”.⁸²

O artigo 24 do mesmo diploma vem para definir a competência concorrente da União, dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre a proteção do patrimônio cultural (inciso VII) e sobre a cultura (IX). Há que se observar a inovação⁸³ que trouxe a Constituição Federal de 1988, sendo a primeira a enunciar regras de competência legislativa concorrente na atuação dos poderes públicos, possibilitando que todas as instâncias da Federação desempenhem competência material comum, cada uma atendendo às suas particularidades, mas com o intuito principal de, conjuntamente, alcançarem os objetivos pretendidos.⁸⁴

No artigo 210 prestigia-se o respeito aos valores culturais quando da fixação de conteúdos para o ensino fundamental. Ou seja, o legislador preocupa-se com a formação básica capaz de salvaguardar as diferenças culturais tão presentes nos povos brasileiros. Inclusive, é exatamente por isso que o § 2.º – apesar de definir que o ensino fundamental será ministrado em língua portuguesa – também garante às comunidades indígenas a utilização de suas línguas maternas e processos próprios de aprendizagem.

O artigo 219 vem para dar abrigo e incentivo ao desenvolvimento cultural, por meio do mercado interno que, pelo fato de integrar o patrimônio nacional, deve viabilizar o desenvolvimento cultural.

⁸² ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 23, inciso V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 748 e 749.

⁸³ As outras Constituições, usualmente, limitavam-se a consagrar que a proteção do patrimônio cultural era de dever do Estado.

⁸⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 24, inciso VII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 753.

No artigo 220 o que mais interessa para este momento é a letra do § 2.º, pois este proíbe toda e qualquer tipo de censura de natureza política, ideológica e artística. Aqui trata-se da importância da comunicação de massa – ressalvadas as devidas exceções que, no entanto não é objeto para o presente estudo – para a vida das sociedades e, evidentemente, para o funcionamento da democracia. Os meios de comunicação desenvolvem um papel essencial na formação cultural das pessoas, principalmente porque através da chamada “indústria cultural” a mídia acaba por exercer uma função significativa na disseminação de hábitos, gostos e valores de uma sociedade.⁸⁵

Com um texto inovador, posto que nunca antes presente nas Constituições anteriores, o artigo 221 surge para regular que os conteúdos dos programas de rádio e televisão devem atender a alguns princípios, dentre eles, a finalidade cultural, a promoção da cultura nacional e regional e a regionalização da produção cultural. O dispositivo em questão parece mesmo possuir uma veia educativa e fica evidente que, da mesma forma que o anterior artigo 220 em comento, pretende-se fortalecer o incentivo à formação cultural por meio da comunicação social ou de massa.

Convém, ainda, acrescentar o artigo 227, que em seu *caput* inclui a família, juntamente com a sociedade e o Estado, no dever de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem o direito à cultura. Apresenta-se, portanto, o chamado “princípio do melhor interesse da criança e do adolescente”, tendo sustentáculo no fato de que a criança e o adolescente possuem direitos específicos a serem protegidos, constituindo um dever social, mas que não se limita somente ao Estado e estende-se também à família e à sociedade. Fundamentalmente, a proteção especial aqui destinada deve-se ao fato de serem pessoas ainda em desenvolvimento de sua personalidade, devendo esta ser promovida mediante a

⁸⁵ SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 220. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2037.

garantia do exercício de direitos fundamentais, garantindo, assim, a concretização da dignidade da pessoa humana.⁸⁶

Finalmente, os artigos 231 e 232 da Constituição de 1988 inserem-se dentro de um capítulo que trata especialmente dos índios, definindo direitos sociais e territoriais destes. Ou seja, o legislador – principalmente no que diz respeito ao artigo 231 – nada mais fez do que resguardar os direitos culturais dos índios, seja pela sua organização social, costumes, línguas, crenças, tradições ou até mesmo pelo direito sobre a terra que ocupam.⁸⁷

⁸⁶ MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2127 e 2128.

⁸⁷ Nesse seguimento, é de grade pertinência o seguinte trecho sobre a perpetuidade do direito indígena: “Para os povos indígenas há que se distinguir dois direitos diferentes. Um que pertence a toda humanidade e outro que pertence a cada povo. O primeiro pode ser chamado de direito à sociodiversidade, que é o direito de todos à existência e manutenção dos diversos povos e suas culturas. Este direito se revela como uma obrigação, porque obriga cada povo e cada Estado ao respeito pelo outro, ganhando instâncias internacionais, mas também presentes nas constituições nacionais, cada vez com mais explicitude, como as constituições latino-americanas. Este é o direito à alteridade e tem estreita relação com o direito à biodiversidade, não só porque as culturas dependem do ambiente, mas em razão dos conhecimentos tradicionais, inerentes à diversidade social.

Entretanto, há um outro direito, também coletivo, que é o direito que tem como sujeito os próprios povos a sua existência, que não pertence a todos, mas apenas àquele povo determinado. É claro que estes também são direitos coletivos, porque não são a mera soma de direitos subjetivos individuais, pertencem a um grupo sem pertencer a ninguém em especial, cada um é obrigado, e tem o dever de promover a sua defesa, que beneficia a todos. Este direito é indivisível entre seus titulares, uma eventual divisão do objeto fará com que todos os titulares do todo continuem titulares das partes, não são passíveis de alienação, são imprescritíveis, impenhoráveis e intransferíveis.

Estes Direitos, no sistema da Constituição brasileira de 1988, se explicitam em três dimensões: os territoriais, os de organização social e os de cultura, intimamente vinculados, de tal sorte que, em geral, a violação a uma das dimensões viola as outras”. FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Comentário ao artigo 231. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2154.

2.1.7.1 – O direito à cultura sob a luz dos artigos 215 e 216 da Constituição de 1988

Para além das diversas normas relativas à cultura espalhadas pela Constituição, como já demonstrado acima, o dispositivo em questão também dispõe de uma seção específica para trazer um catálogo de direitos culturais. E foi exatamente por esse motivo que optou-se, aqui, por tratar desses dois artigos em separado.

Primeiramente, é interessante perceber a diferenciação quanto aos termos “cultura” e “cultural”, ou seja, ao substantivo “cultura” e ao adjetivo “cultural”. No *caput* do artigo 215 lê-se: “O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais”. Nesse caso, a expressão “direitos culturais” faz referência ao direito de acesso e participação na vida cultural. Por outro lado, quando o texto diz “cultura nacional”, nota-se a preocupação em salvaguardar toda a bagagem cultural existentes, como por exemplo, nos comportamentos dos indivíduos, em suas crenças, costumes, tradições e tudo mais que seja capaz de caracteriza-los. Em ambos os casos – cultura como substantivo ou adjetivo – existe a necessidade de se proteger o processo cultural capaz de gerar as diversas manifestações da vida cultural dos indivíduos e dos povos, sendo um determinante motivo pelo qual os direitos culturais são elencados como fundamentais.⁸⁸

O texto do § 1.º do artigo 215 fixa o dever do Estado de proteger o direito à manifestação popular, ou seja, trata-se da tutela da chamada *cultura etnográfica*, na qual estão inseridos todos os que auxiliaram na composição e

⁸⁸ MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Comentário ao artigo 215. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1980.

desenvolvimento do povo brasileiro, tais como os índios, os portugueses, os africanos, os italianos, os alemães, os japoneses, dentre outras diversas nacionalidades presentes no vasto espaço territorial brasileiro. Por meio destes, desenvolveram-se e integraram-se as crenças, os costumes e os conhecimentos tão diversificados que vemos hoje dentro de um mesmo país.⁸⁹

O § 2.º é para preservar a memória de datas culturalmente relevantes e que representam algum significado relevante para os diversos segmentos étnicos nacionais.

O § 3.º estabelece o Plano Nacional de Cultura, com o objetivo de possibilitar o desenvolvimento cultural a nível nacional e a integração das políticas públicas de defesa e valorização do patrimônio cultural brasileiro, promovendo a capacitação e formação de agentes culturais para a gestão cultural, assim como a democratização e o direito de acesso à cultura e reconhecendo sempre a importância da valorização da diversidade étnica e regional.⁹⁰

Já quanto ao *caput* do artigo 216 surge para tratar o chamado patrimônio cultural brasileiro, isto é, aquilo que representa o conjunto de bens materiais e imateriais que integram a posse ou a propriedade de um indivíduo, de um grupo ou até mesmo de uma nação e que compreendem usos, costumes, conhecimentos, talentos, habilidades contraídas com experiências, educação e moral pública por exemplo. Por conseguinte, esse patrimônio cultural procura salvaguardar esses tais bens materiais ou imateriais que sejam importantes para a instituição de condições de identidade, de ação e de memória dos mais diversos grupos de indivíduos que formam o território brasileiro.⁹¹

Nessa altura, o que se destaca é a inovação trazida pela Constituição de 1988, uma vez que disciplina pela primeira vez a proteção ao patrimônio de

⁸⁹ *Idem*, p. 1982.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Idem*.

natureza imaterial⁹² – até então somente se falava em patrimônio material – que seja referente à identidade, à ação e à memória dos diferentes grupos presentes na sociedade brasileira. Acabou, portanto, por ampliar a própria noção de patrimônio cultural e revelar uma preocupação com o respeito à diversidade e a manutenção da memória cultural dos povos. Esta novidade em trazer para o texto constitucional a proteção do patrimônio imaterial caracteriza a ruptura com o paradigma da materialidade presente nas Constituições anteriores.⁹³

3 – PREVISÃO CONSTITUCIONAL DA CULTURA NO DIREITO PORTUGUÊS

3.1 – Histórico constitucional do direito à cultura em Portugal

Nesse momento, há que se observar, mais uma vez, a importância de se fazer uma síntese da abordagem do tema relacionado ao tratamento dado à cultura ao longo das seis Constituições portuguesas já anteriormente escritas, ou seja, as de 1822, 1826, 1838, 1911 (as quatro Constituições liberais), 1933 (a Constituição autoritária) e, finalmente, a de 1976 (a Constituição democrática).

Convém frisar que a instauração do constitucionalismo português representa a ruptura do momento absolutista monárquico anterior, deixando de

⁹² Os patrimônios ou bens culturais de natureza imaterial ou, ainda, espiritual, são aqueles provenientes da manifestação de espírito, tais como crenças, cultos, danças, festas e tudo aquilo que pode ser transmitido de geração a geração e capaz de gerar um sentimento de identidade e continuidade. É, portanto, como o próprio nome já diz, tudo aquilo que não se pode representar fisicamente.

⁹³ MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Comentário ao artigo 215. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1982 e 1983.

lado o Estado absoluto e conquistando-se, por vias revolucionárias, o Estado constitucional.

Os elementos comuns que podem ser detectados a atual Constituição de 1976 são: o tratamento de matérias de povo, território e organização do poder político; a enumeração de direitos fundamentais, regras sobre seu exercício, garantia e suspensão em estado de necessidade, assim como participação eleitoral dos cidadãos e relação entre Igreja e Estado; preceitos sobre revisão constitucional; fiscalização da constitucionalidade e referência à matéria de finanças públicas.⁹⁴

3.1.1 – Constituição Portuguesa de 1822

Na sequência da Revolução Liberal dada no ano de 1820, instaurou-se em Portugal a era constitucional representada pela Constituição de 1822⁹⁵, aprovada pelas Cortes Extraordinárias Constituintes, inspirada na Constituição Espanhola de 1812 de Cádiz e influenciada pelos ideais da Revolução Francesa e Constituição francesa de 1791 e 1795, prezando pelos direitos civis e políticos, bem como pelos direitos à educação e à assistência ⁹⁶. Assim, afirma logo em seus artigos iniciais alguns princípios de garantias individuais – como por exemplo, liberdade, segurança pessoal e propriedade.⁹⁷

O Chefe de Estado era o Rei e a forma de governo era a “monarquia constitucional hereditária” e representava a preservação da aliança entre

⁹⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000. p. 25.

⁹⁵ MIRANDA, Jorge (Coord). **As Constituições Portuguesas**. 6.ed. Cascais: Princípia, 2013. p. 21 – 88.

⁹⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lex: Lisboa, 2000. p. 26.

⁹⁷ MACEDO, Sílvio (coord.). **A Constituição de 1976 – Comentada e Ilustrada**. Guimarães: Livraria Ideal, 2007. p. 15.

Portugal e Brasil por meio da utilizada expressão “Reino Unido”. A intenção desta Constituição era a criação de instituições liberais e democráticas, tendo ficado ao longo do século XX marcada como um símbolo de democracia, o que, entretanto, nunca foi de fato alcançado.⁹⁸

Nesta Carta de 1822, apesar de não serem estabelecidos direta e especificamente os direitos culturais, já é possível notar algumas previsões que acabam por se encaixar na extensão do exercício dos direitos culturais. É exemplo o artigo 7.º que, localizado dentro do título “Dos Direitos e Deveres Individuais dos Portugueses”, dispõe a liberdade de comunicação dos pensamentos como um dos direitos mais preciosos do homem.

Nessa altura, estabeleceu-se no texto legal uma religião oficial ou “Religião da Nação portuguesa”, a Católica Apostólica Romana, perante o artigo 25.º. Entretanto, interessante notar que este mesmo artigo permite que os estrangeiros exerçam, em âmbito particular, seus respectivos cultos. Ou seja, a faculdade de se exercer a liberdade religiosa somente era facultada aos estrangeiros que estivessem em Portugal naquela época, dando-lhes, portanto, a capacidade de exercer seus direitos culturais por meio da religião.

Além disso, o artigo 33.º, VI determinava a incapacidade eleitoral de todos aqueles indivíduos que chegassem à idade de vinte e cinco anos e não soubessem ler e escrever, se tivessem menos de dezessete anos quando da publicação da Constituição; o artigo 223.º, IV estabelecia a competência das Câmaras Municipais para “cuidar das escolas de primeira letras”; o artigo 237.º previa a existência de escolas primárias suficientemente dotadas em todos os lugares onde convier; alegava a existência de estabelecimentos para o ensino das

⁹⁸ *Idem.*

ciências e das artes, no artigo 238.º; declarava a liberdade de todo o cidadão em abrir aulas para o ensino público, perante o artigo 239.º.⁹⁹

3.1.2 – Carta Constitucional de 1826

A Carta Constitucional de 1826¹⁰⁰ foi outorgada no Brasil por D. Pedro IV e inspirada na primeira Constituição brasileira, datada do ano de 1824, e também da Carta francesa de 1814, dispondo de um considerável alargamento de direitos fundamentais.¹⁰¹

A religião Católica Apostólica Romana continua a ser a Religião oficial e, agora, “do Reino”, como dispõe o artigo 6.º.

O *caput* do artigo 145.º garante a inviolabilidade dos Direitos Cívicos e Políticos dos cidadãos portugueses, tendo por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade. O § 3.º do mesmo artigo trata da comunicação de pensamento, afastando-se a censura; o § 4.º assegura que ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, desde que respeite a do Estado; o § 23.º vem para dizer que nenhum tipo de trabalho, cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, desde que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e à saúde dos cidadãos; o § 24.º e o § 30.º são inovadores¹⁰² e estabelecem, respectivamente, a propriedade intelectual e o direito à instrução primária gratuita a todos os

⁹⁹ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Património Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 166.

¹⁰⁰ MIRANDA, Jorge (Coord). **As Constituições Portuguesas**. 6.ed. Cascais: Princípiá, 2013. p. 89 – 121.

¹⁰¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000. p. 24 e 26.

¹⁰² MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Património Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 166.

cidadãos; e, finalmente, o § 32.^o que garante os Colégios e Universidades onde serão ensinados Ciências, Belas Letras e Artes.

Percebe-se, aqui, a similaridade com os preceitos anteriormente tratados no âmbito da Constituição do Império do Brasil de 1824, ou seja, houve uma considerável abrangência em relação aos direitos englobados como culturais, em comparação com a anterior Constituição.

3.1.3 – Constituição Política da Monarquia Portuguesa de 1838

A Constituição de 1838¹⁰³ foi elaborada por Constituintes e teve como inspiração as Constituições francesa de 1830, belga de 1831 e espanhola de 1837, contando com outro novo alargamento significativo de direitos de caráter fundamental.¹⁰⁴

A religião do Estado continua a ser a Católica Apostólica Romana (artigo 3.^o), sendo que proíbe-se a perseguição por motivos de religião, desde que se respeite a do Estado (artigo 11.^o).

Entretanto, a Constituição de 1838 manteve as inovações já trazidas pela anterior Carta Constitucional de 1826, ou seja, a garantia da propriedade intelectual (artigo 23.^o, § 4.^o); a garantia do direito à instrução primária gratuita e a existência de estabelecimentos em que se ensinem as ciências, letras e artes (artigo 28.^o - I e II, respectivamente).¹⁰⁵

¹⁰³ MIRANDA, Jorge (Coord). **As Constituições Portuguesas**. 6.ed. Cascais: Princípia, 2013. p. 123 – 157.

¹⁰⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000. p. 26.

¹⁰⁵ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 166.

De certa maneira, as novidades que foram introduzidas pela Carta Constitucional e mantidas por esta Constituição já começam por viabilizar, apesar de ainda muito timidamente, o exercício dos direitos culturais pela população.

3.1.4 – Constituição Política da República Portuguesa de 1911

A Constituição de 1911¹⁰⁶ foi elaborada pela Assembleia Geral Constituinte, contava com apenas 87 artigos e teve como inspiração as Constituições portuguesas, francesa de 1875, suíça e brasileira de 1891. Instaurou-se, ainda, uma maior igualdade e solidariedade, tal como a abertura de cláusulas de direitos fundamentais.¹⁰⁷

Introduz princípios inovadores compatíveis com a ideologia republicana: a igualdade social resultante da negação dos privilégios de nascimento, dos foros de nobreza e dos títulos nobiliárquicos, abolindo as ordens honoríficas.¹⁰⁸

Dessa vez, as linhas constitucionais se assentam na laicidade do Estado e comprovam a liberdade religiosa, uma vez que já não se estabelece uma religião oficial, continuando a ser, portanto, livre o culto de qualquer religião, bem como, inviolável a liberdade de crença.

¹⁰⁶ MIRANDA, Jorge (Coord). **As Constituições Portuguesas**. 6.ed. Cascais: Princípia, 2013. p. 159 – 183.

¹⁰⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000. p. 26.

¹⁰⁸ MACHADO, Narciso. In: MACEDO, Sílvio (coord.). **A Constituição de 1976 – Comentada e Ilustrada**. Guimarães: Livraria Ideal, 2007. p. 20.

Entretanto, o que tem de mais importante para se observar, nesse ponto, é que o texto constitucional trouxe como inovação a obrigatoriedade do ensino primário elementar, logo no seu artigo 3.º, n.º 11.¹⁰⁹

3.1.5 – Constituição Política da República Portuguesa de 1933

A Constituição de 1933¹¹⁰ sucedeu a uma ditadura militar que terminou com a aprovação, por plebiscito, desta Constituição Antiliberal e Antiparlamentar. Teve influência de outras Constituições portuguesas anteriores (especificamente a Carta Constitucional de 1826), da Constituição alemã de Weimar de 1919, o integralismo lusitano, a doutrina social da Igreja e o socialismo catedrático.¹¹¹

De acordo com Jorge Miranda, existem duas grandes e expressivas diferenças entre a Constituição de 1933 e as anteriores a ela que muito bem se manifestam no domínio da cultura, quais sejam, “a abertura a direitos positivos e à intervenção do Estado e a limitação das liberdades”.¹¹²

Dentre os principais destaques para o texto constitucional de 1933 estão, o artigo 5.º que, logo no Título I do diploma, estabelece que a República se baseia no “livre acesso de todas as classes aos benefícios da civilização”; o Título IX que trata especificamente da educação, do ensino e da cultura nacional, sendo

¹⁰⁹ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 166.

¹¹⁰ MIRANDA, Jorge (Coord). **As Constituições Portuguesas**. 6.ed. Cascais: Princípia, 2013. p. 185 - 235

¹¹¹ SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000. p. 30.

¹¹² MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 166.

que a primeira fica delegada à família juntamente com os estabelecimentos oficiais de educação (artigo 42.º), uma vez que o Estado obriga-se a facilitar aos pais o cumprimento do dever de instruir e educar os seus filhos através destes meios (artigo 13.º, n.º 4); o Estado compromete-se a manter oficialmente escolas de todos os graus e institutos de alta cultura (artigo 43.º *caput*), assumindo também o encargo de desenvolvimento, ensino e propaganda das artes e das ciências, desde que sejam respeitadas a Constituição, a hierarquia e a ação coordenadora do Estado (artigo 43.º, § 2.º).¹¹³

Não obstante, segundo ainda o mesmo autor, é a primeira vez que se verifica entre todas as Constituições já existentes – e, praticamente, sem casos parecidos no estrangeiro – a explícita proteção do Estado com relação aos monumentos artísticos, históricos e naturais, além dos objetos artísticos oficialmente reconhecidos como tais, coibindo, ainda, a sua alienação a favor de pessoas estrangeiras (artigo 52.º).¹¹⁴

O que se nota com o estudo é que começou a existir, nesse momento, uma espécie de “preparação de terreno” mais elaborado para a próxima Constituição – aquela que hoje rege o país – uma vez que fica textualmente evidente o aperfeiçoamento de direitos fundamentais, de liberdades e de garantias constitucionais. Entretanto, acredita-se que o alargamento do elenco dos direitos fundamentais ocorreu sim, porém mediante o seu esvaziamento pela prática constitucional¹¹⁵, ou seja, traduz-se naqueles casos em que os direitos ficam mais na parte teórica positivada do que na parte empírica propriamente dita.

3.1.6 – Constituição da República Portuguesa de 1976

¹¹³ *Idem*, p. 167.

¹¹⁴ *Idem*.

¹¹⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000. p. 30.

A atual Constituição da República Portuguesa¹¹⁶ foi elaborada por uma Assembleia Constituinte no ano de 1976. Teve, por sua vez, influências originárias das Constituições espanhola de 1931, italiana de 1947 e, ainda, muitos dos seus direitos inspirados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948.¹¹⁷

Algumas novidades em relação aos textos anteriores foram trazidas com o advento da nova Carta e merecem destaque. Em síntese, apresentam-se a liberdade de criação intelectual, artística e científica, perante o artigo 42.º, n.º 1, bem como as garantias do direito de autor (artigo 42.º, n.º 2); a proibição da manipulação do Estado no tocante à educação e à cultura, segundo diretrizes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas ou religiosas, diante do artigo 43.º, n.º 2; além de um capítulo específico disciplinando os “direitos e deveres culturais”, posicionado dentro do “Título III – Direitos e deveres económicos, sociais e culturais”, no “Capítulo III – Direitos e deveres culturais” e tendo, ainda, como característica o domínio do Estado no ramo da ciência, da democratização da educação, da cultura e da proteção do património cultural, disciplinados nos artigos 73.º e seguintes.¹¹⁸

De um modo geral, trouxe, primordialmente, um progresso a nível de direitos, liberdades e garantias fundamentais, estabelecendo princípios que visam a construção de um país mais livre, justo e fraterno, como se pretende demonstrar mais detalhadamente, já a seguir, mediante a análise dos artigos e dos preceitos contidos na Constituição.

¹¹⁶ MIRANDA, Jorge (Coord). **As Constituições Portuguesas**. 6.ed. Cascais: Princípia, 2013. p. 335 – 448.

¹¹⁷ MACHADO, Narciso. In: MACEDO, Sílvio (coord.). **A Constituição de 1976 – Comentada e Ilustrada**. Guimarães: Livraria Ideal, 2007. p. 21.

¹¹⁸ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Património Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 167.

3.1.6.1 – Cultura como identidade cultural

A cultura se expressa como identidade cultural¹¹⁹ por meio de alguns artigos da Constituição Portuguesa de 1976. O objetivo principal quando se aborda a identidade cultural é justamente representar as características de determinado grupo humano, neste caso, do povo português.

O artigo 9.º – que trata das “Tarefas fundamentais do Estado” – na alínea e) visa proteger o patrimônio cultural¹²⁰ como elemento caracterizador da república portuguesa. Entretanto, há que se observar que esta não se trata apenas de uma obrigação unilateral do Estado, mas também de todos os cidadãos, os quais tem o direito de desfrutar do patrimônio e o consequente dever de o defender. Já a alínea f) do mesmo artigo trata da valorização, defesa, promoção e difusão internacional da língua portuguesa¹²¹, ou seja, reconhecendo-se a função de definição de identidade cultural nacional e, ainda, a afirmação do patrimônio linguístico português no âmbito internacional.¹²²

¹¹⁹ *Idem*, p. 168 – 169 e 174 – 175.

¹²⁰ Não constitui objetivo desse trabalho o aprofundamento do tema que versa sobre patrimônio cultural propriamente dito, mas a respeito desse assunto ver a seguinte obra: NABAIS, José Casalta. **Introdução ao Direito do Patrimônio Cultural**. Coimbra: Almedina, 2004.

¹²¹ “Os não portugueses que se encontrem ou residam em Portugal (artigo 15.º) também têm direito à sua identidade cultural. No entanto, no seu exercício têm de compaginar com a própria inserção na vida coletiva, o que pressupõe o conhecimento e o uso da língua portuguesa [artigos 9.º, alínea f), e 11.º, n.º 3] e o respeito pelos princípios da Constituição e da ordem pública. Um correcto multiculturalismo requer diálogo, reconhecimento de diferenças, tolerância e comunicação entre culturas para enriquecimento recíproco; não criação de espaços e de grupos fechados, auto ensinamento, recusa de participação e de interesses comuns.”. Cf. MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 175.

¹²² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1 v. p. 279 e 280.

O artigo 11.º dispõe sobre os símbolos nacionais, que “são valores de referência de toda a coletividade, de comunhão cultural e ideológica, de identificação e distinção”, tais como a Bandeira Nacional (n.º 1), o Hino Nacional (n.º 2) e a língua oficial, o Português (n.º 3). O direito à língua portuguesa¹²³ constitui um direito linguístico de natureza proporcional aos direitos, liberdades e garantias.¹²⁴

Já o artigo 66.º do mesmo diploma legal cuida do “Ambiente e qualidade de vida” e, especificamente em seu n.º 2 – que fala em desenvolvimento sustentável¹²⁵ – assegura o dever do Estado quanto à criação, desenvolvimento e proteção de ambientes naturais, paisagens e sítios, conservação e preservação de valores culturais de interesse histórico ou artístico (alínea c)). Cita-se o “princípio da solidariedade entre gerações”, quer dizer, a responsabilidade para com as futuras gerações, as quais possuem o direito à herança natural e cultural (alínea d)). E, finalmente, a alínea e) que visa a proteção de valores culturais de interesse histórico.¹²⁶

O artigo 74.º trata do “Ensino”, ou do direito ao ensino, mediante a igualdade de oportunidades em acesso e êxito escolar. Ou seja, o dever do Estado de assegurar ensino básico, universal, obrigatório e gratuito (n.º 2, alínea a)), garantidas as igualdades de oportunidades mediante os portadores de

¹²³ Observa-se, nesse ponto, que a Constituição prevê alianças privilegiadas e estatutos especiais no que tange aos países falantes de língua portuguesa, perante os artigos 7.º, n.º 4; 15.º, n.º 3 e 78.º, n.º 2, alínea d). Cf. MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 168.

¹²⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1 v. p. 291 e 292.

¹²⁵ “A ideia básica de *desenvolvimento sustentável* reconduz-se à indispensabilidade de conformação de ações humanas ambientalmente relevantes de forma a garantir os fundamentos da vida para as futuras gerações”. Esta ideia de desenvolvimento sustentável sugere a cooperação do Estado e, na presente circunstância, implica não apenas as restritas políticas ambientais, mas, ainda, importantes dimensões econômicas, sociais e culturais. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1 v. p. 849.

¹²⁶ *Idem*.

deficiência por meio da “língua gestual portuguesa” e, por fim, a incumbência de se assegurar aos filhos dos imigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa, visando facilitar a integração na comunidade portuguesa.¹²⁷

O assunto que se refere a “Fruição e criação cultural” fica por conta do artigo 78.º, que considera dever de todos (incluindo o Estado) de preservar, defender – que pode ocorrer, por exemplo, perante a classificação do Estado e autarquias locais dos bens móveis ou imóveis que integram em monumentos, conjuntos, sítios, ou ainda, pela regulamentação de compra, venda e comércio de antiguidades, a adoção de medidas cautelares e de conservação de bens em perigo de deterioração – e valorizar o património cultural comum a todos os indivíduos.¹²⁸ Em síntese, o direito à fruição e criação cultural nada mais representa do que a própria concretização do direito à cultura, mediante a sua democratização, isto é, a participação de todas as pessoas no acesso a bens culturais.¹²⁹

Ademais, convém lembrar que também o artigo 225.º enquadra-se na seara do direito à identidade cultural, uma vez que visa proteger o regime político administrativo próprio das regiões autónomas dos Açores e da Madeira, baseando-se também nas suas características culturais.¹³⁰

¹²⁷ *Idem*, p. 900.

¹²⁸ Importante lembrar que para salvaguardar e valorizar o património cultural, por vezes, implica na restrição de outros direitos fundamentais, tais como: o direito de propriedade, no caso em que os bens culturais são bens de propriedade privada; a liberdade de circulação de veículos em virtude da tentativa de diminuição da poluição e a liberdade de fruição e utilização, proibindo-se o uso em desacordo com valores artísticos, históricos e ambientais. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1 v. p. 927 e 928.

¹²⁹ *Idem*, p. 926.

¹³⁰ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Património Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 169.

3.1.6.2 – Educação, ciência e cultura

A Constituição portuguesa de 1976 optou por proteger as normas referentes a educação, ciência e cultura em dois lugares diferentes do seu texto, isto é, tanto na parte relativa aos direitos, liberdades e garantias – artigos 42.º e 43.º – como na parte relativa a direitos económicos, sociais e culturais – artigos 73.º e seguintes.¹³¹

O artigo 42.º trata da “Liberdade de criação cultural”, sendo que criação cultural – quer de carácter intelectual, artístico ou científico – engloba todo ato, conduta ou resultado que possa ser reconhecido como uma criação humana, tendo como pontos de partida a criatividade e a iniciativa humana aptas a dar forma a diferentes meios de expressão.¹³² De acordo com n.º 1 do presente artigo não pode o Estado interferir na criação cultural sob quaisquer critérios sejam filosóficos, estéticos, políticos, ideológicos ou religiosos, o que basicamente significa dizer que fica vedado qualquer ação por parte do Estado na seara educativa e cultural que elevem estes critérios. Sem embargo, nada impede ao Estado de desenvolver políticas públicas, de promover a educação, a tolerância e a solidariedade tomando por base os critérios de identidade nacional.¹³³

No que tange ao artigo 43.º, principalmente mediante o seu n.º 1, estabelece que é garantida a liberdade de aprender e ensinar. Isso porque não há que se falar em liberdade de criação cultural se não houver, primeiramente, a liberdade de aprender e, também, a liberdade de se ensinar.¹³⁴

¹³¹ *Idem*, p. 170.

¹³² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1 v. p. 620.

¹³³ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Património Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 170 e 171.

¹³⁴ *Idem*, p. 177.

O “Capítulo III – Direitos e deveres culturais” compreende os artigos 73.º a 79.º e, exatamente por isso, é possível considerar-se, juntamente com os artigos 42.º e 43.º, que estamos diante de uma “constituição cultural” ou de um Estado de cultura. Representa, de um lado, um “Estado de direito cultural”, o qual deve respeitar a liberdade e a autonomia cultural dos cidadãos – as liberdades culturais – e, por outro lado, um “Estado democrático cultural”¹³⁵, o qual se dedica em expandir a democratização da própria cultura.¹³⁶ Ou seja, importa no acesso a todos os cidadãos à criação e à fruição da cultura, sem nenhum dirigismo por parte do Estado, cabendo a este fazê-lo em colaboração com todos os agentes culturais (conforme artigo 78.º).¹³⁷

É importante frisar que o direito à educação, à cultura e à ciência constituem tipicamente direitos sociais e que, combinados com o princípio da igualdade, possuem uma dimensão negativa que acaba por impedir a reserva de meios educativos culturais para determinadas categorias de pessoas, mediante a exclusão de outras.¹³⁸

Como logo se percebe, o principal objeto do artigo 73.º é o direito à educação, à cultura e à ciência. O direito a educação representa, por si só, o processo de aquisição e transmissão de conhecimentos e valores (mediante institutos educacionais, por exemplo) capaz de contribuir com a igualdade de oportunidades e ajudar na superação das desigualdades económicas, sociais e culturais; o direito à cultura que alude, aqui, a um direito garantido a todos (democrático) e de noção vasta e complexa, conforme se vê ao longo do trabalho

¹³⁵ Fala-se, também, em “democracia da cultura”, constituída pelos direitos à cultura e assente, de um lado, na generalização do acesso à cultura e, de outro lado, na participação social na definição da política cultural. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1 v. p. 888.

¹³⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1 v. p. 887 e 888.

¹³⁷ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I. 2.** ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 1410.

¹³⁸ *Idem*, p. 888.

e, por fim, o direito à ciência¹³⁹ que nada mais é do que a ampliação e a descoberta do saber.¹⁴⁰

Mediante o exposto, resta lembrar que o fato de ser vedado ao Estado estabelecer uma filosofia, ideologia ou religião oficial, não o impede – pelo contrário – de desenvolver políticas públicas conexas com os temas de identidade cultural, democratização da educação e da cultura ou, até mesmo, de promover uma educação que contribua com o espírito de tolerância, solidariedade e participação democrática da coletividade. Nesse contexto é que se pode dizer que se convivem e manifestam as diversas correntes filosóficas, estéticas, políticas, ideológicas e religiosas.¹⁴¹

Afinal, os direitos culturais são mesmo tão universais quanto os direitos, liberdades e garantias, legitimando para todos o usufruto da cultura como expressão de liberdade e de qualidade de vida (conforme estabelece o próprio artigo 9.º, alínea d)).¹⁴²

E é exatamente mediante todo esse respaldo constitucional trazido como novidade pelo legislador da Constituição de 1976 que fomenta – não apenas na sua teoria, mas essencialmente na sua prática – todas as diversas possibilidades de relacionamento entre as mais variadas culturas existentes dentro de um mesmo território.

¹³⁹ “A ‘densificação’ do conceito constitucional de ciência deve partir da inexistência de qualquer ‘monismo científico’. O *carácter aberto* do conceito constitucional de ciência determina que o âmbito de protecção normativo-constitucional englobe não só as chamadas ‘ciências puras’, mas também as ‘ciências sociais’ e ou as ‘ciências humanas’”. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1 v. p. 891.

¹⁴⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. 1 v. p. 889.

¹⁴¹ MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 171 e 172.

¹⁴² *Idem*, p. 180.

4 – O DIREITO À CULTURA A NÍVEL INTERNACIONAL

4.1 – Os documentos da ONU

Com o fim da Segunda Guerra Mundial restou-se uma eminente necessidade de criação de uma Organização Internacional¹⁴³ que fosse capaz de estimular a cooperação entre os Estados, de evitar conflitos armados e de viabilizar mecanismos capazes de solucionar pacificamente os litígios internacionais. Dessa forma, após a fracassada experiência com a Sociedade das Nações (SDN), elaborada em 1919, criou-se a Organização das Nações Unidas (ONU), após a entrada em vigor da Carta das Nações Unidas, em 24 de outubro de 1945.¹⁴⁴

A ONU consiste em uma organização internacional intergovernamental – porque composta exclusivamente por Estados – criada por tratado multilateral, de caráter universal – porque aberta para todos os Estados – e de ação ilimitada, uma vez que tem por objeto ou finalidade a solução pacífica de tudo o que venha a ser classificado como conflito internacional, dedicando-se a todas as demandas vitais para a sociedade internacional que se prenam com a paz e a segurança internacional.¹⁴⁵

¹⁴³ Segundo Wladimir Brito, Organização Internacional “é uma entidade autónoma e permanente, com personalidade e capacidade jurídica internacional, constituída por associação voluntária de sujeitos do Direito Internacional por acto jurídico internacional, dotada de regulamento interno próprio e de órgãos permanentes encarregados de prosseguir os objectivos definidos no acto constitutivo.” Cf. BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 392.

¹⁴⁴ BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 390 – 391 e 427.

¹⁴⁵ *Idem*, p. 393 e 428.

Sendo assim, importante destacar que uma das partes que mais importa para o estudo em questão perfaz o Capítulo IX e X da Carta das Nações Unidas.

O Capítulo IX trata da “Cooperação económica e social internacional”, que logo no seu primeiro artigo (artigo 55.º), estabelece que cabe as Nações Unidas promover “a solução dos problemas internacionais económicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de carácter cultural e educacional” (alínea b)) e “o respeito universal e efectivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião” (alínea c)).

Já o Capítulo X dispõe sobre o “Conselho Económico e Social”, o qual estabelece, mediante o artigo 62.º, a possibilidade de se iniciar estudos e relatórios a respeito de assuntos internacionais de carácter económico, social, cultural, educacional, de saúde e conexos, podendo fazer recomendações a respeito de tais assuntos à Assembleia Geral da ONU, aos membros das Nações Unidas e às organizações especializadas interessadas (artigo 62.º, n.º 1) e, ainda, tendo a possibilidade de fazer recomendações sobre direitos humanos, destinadas a assegurar o respeito efetivo desses direitos e das liberdades fundamentais (artigo 62.º, n.º 2).¹⁴⁶

Logo, percebe-se que a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos e dos povos é capaz de ultrapassar as fronteiras dos Estados, atingindo uma escala internacional. Segundo alguns autores, esta é a concretização do chamado “constitucionalismo global”, o que nos faz refletir sobre qual o nível mais adequado para solucionar um problema – por exemplo

¹⁴⁶ Carta das Nações Unidas. In: RIBEIRO, Manuel de Almeida; SALDANHA, António Vasconcelos de. **Textos de Direito Internacional Público - Organizações Internacionais**. Lisboa: ISCSP, 1995. p. 66 – 68.

quando se pensa no direito à cultura, aqui tratado – ou seja, internamente a nível nacional ou externamente a nível internacional ?¹⁴⁷

Sendo assim, aqui se compartilha da mesma opinião de Vasco Pereira da Silva, uma vez que, apesar dos indiscutíveis avanços na proteção dos direitos humanos ainda existem pontos negativos¹⁴⁸ que tornam prematura a ideia de se conceber uma constituição material global. Em contrapartida, é bastante pertinente a ideia de que é, sim, necessário assegurar a proteção dos direitos dos indivíduos para além das fronteiras estaduais, superando as minuciosas distinções entre direitos humanos e direitos fundamentais.¹⁴⁹

O direito à cultura, como direito humano e fundamental, consequentemente também merece respeito, proteção e promoção a nível internacional, o que é possível se observar por meio das principais fontes de Direito Internacional, especialmente na Declaração Universal dos Direitos Humanos, no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e no Pacto Internacional sobre os Direitos Económicos Sociais e Culturais¹⁵⁰, assim como se verá logo adiante.

4.1.1 – Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)

¹⁴⁷ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito - Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 42.

¹⁴⁸ O autor pontua alguns motivos pelos quais não compactua com a ideia de uma constituição global, quais sejam: “ 1) não se verifica (pelo menos, por enquanto) um consenso quanto aos princípios e regras fundamentais da organização ou da “divisão” de poderes, assim como da protecção dos direitos humanos à escala internacional, que permita falar na vigência de uma verdadeira constituição material global; 2) não são ainda suficientes, nem totalmente eficazes, os mecanismos judiciais e processuais adequados para a protecção universal dos direitos humanos; 3) continua a verificar-se um défice de execução das normas internacionais.” Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito - Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 43 – 44.

¹⁴⁹ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito - Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 43 e 44.

¹⁵⁰ *Idem*, p. 44.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos¹⁵¹ foi consagrada em resposta a todos os diversos tipos de abusos e violações aos direitos humanos sofridos durante a Segunda Guerra Mundial. Assim, com o término desta Guerra, a humanidade se depara com a latente necessidade de amparo jurídico aos direitos fundamentais e, portanto, é perante este cenário que a Assembleia Geral da ONU, no ano de 1948, proclama a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Este documento foi capaz de inovar qualquer ideia de linguagem ou gramática de direitos humanos até então já presenciada na história¹⁵². Ou seja, harmonizou o discurso liberal da cidadania com o discurso social, uma vez que catalogou tanto os direitos civis e políticos (artigos 3.º a 21.º), como os direitos econômicos, sociais e culturais (artigos 22.º a 28.º), anunciando a concepção contemporânea de direitos humanos marcada pela universalidade – porque considera a simples condição de pessoa humana requisito único para a titularidade desses direitos – e pela indivisibilidade desses direitos – porque os

¹⁵¹ **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível para consulta em: <<https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#17>>. Acesso em: 11 de setembro de 2018.

¹⁵² Isso porque, Flávia Piovesan, a partir de uma perspectiva histórica, afirma que o discurso jurídico sobre cidadania sempre enfrentou uma dicotomia entre valores de liberdade e de igualdade. “No final do século XVII, as modernas Declarações de Direitos refletiam o discurso liberal de cidadania. Tanto a Declaração francesa de 1789, como a Declaração americana de 1776, consagravam a ótica contratualista liberal, pela qual os direitos humanos se reduziam aos direitos à liberdade, segurança e propriedade, complementados pela resistência à opressão. Daí o primado do valor da liberdade, com a supremacia dos direitos civis e políticos e a ausência de previsão de qualquer direito social, econômico e cultural que dependesse da intervenção do Estado (...) A Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, bem como as Constituições sociais do início do século XX (ex: Constituição de Weimar de 1919, Constituição Mexicana de 1917, etc.) primaram por conter um discurso social da cidadania, em que a igualdade era o direito basilar e um extenso elenco de direitos econômicos, sociais e culturais era previsto. Essa breve digressão histórica tem o sentido de demonstrar o quão dicotômica se apresentava a linguagem dos direitos: de um lado, direitos civis e políticos, e do outro, direitos sociais, econômicos e culturais.”. Cf. PIOVESAN, Flávia. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988**. Revista O Direito. Lisboa: Almedina, ano 141, número 1, 2009. p. 111.

enxerga na integralidade, isto é, a garantia dos direitos civis e políticos também implicam no cumprimento dos direitos econômicos, sociais e culturais e vice-versa.¹⁵³

O direito à cultura, propriamente dito, é reconhecido pela DUDH quando esta discorre sobre os direitos de criação e de fruição cultural e também sobre os direitos de autor, presentes no artigo 27.º do diploma. Neste caso, o n.º 1 determina o direito que todos nós, enquanto seres humanos, temos de participar da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar no processo científico e nos seus benefícios. Isto é, o n.º 1 “trata do direito de todos sobre o processo civilizatório, no que tange à livre participação”¹⁵⁴. Já o n.º 2 do mesmo artigo estabelece os direitos do autor, ou seja, o direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual cada indivíduo seja autor.¹⁵⁵

É certo que a DUDH garante não só direitos culturais, como também vincula a cultura com a própria dignidade da pessoa humana e com o livre desenvolvimento da sua personalidade, uma vez que, todos – sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem

¹⁵³ PIOVESAN, Flávia. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988**. Revista O Direito. Lisboa: Almedina, ano 141, número 1, 2009. p. 111 – 114.

¹⁵⁴ SAYEG, Ricardo Hasson. Comentário ao artigo 27. In: BALERA, Wagner (coord.). **Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. p. 170.

¹⁵⁵ O artigo 27.º, n.º 2 representa a propriedade intelectual, e a respeito desta cita-se o seguinte trecho: “Negar a propriedade intelectual atentaria contra a dignidade da pessoa humana, por estar assentada em direito inato, ou seja, os direitos humanos à propriedade e à livre iniciativa. Nesta perspectiva, o conceito subjetivo de propriedade é amplo e não se confunde com o conteúdo significativo de sua positivação, que tende a lhe circunscrever ao direito real sobre algo. Propriedade antes de tudo é liberdade, liberdade de participar, reter para si e dispor das coisas, materiais ou culturais; e, por esta razão, encontra-se enquadrada como elemento da universalidade constituidora dos direitos humanos”. Cf. SAYEG, Ricardo Hasson. Comentário ao artigo 27.º. In: BALERA, Wagner (coord.). **Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011. p. 172.

nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição – podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na Declaração (artigo 2.º).

4.1.2 – Os Pactos Internacionais de 1966

Posteriormente a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, começa a surgir a ideia de um Direito Internacional dos Direitos Humanos, significando a proteção a nível internacional desses mencionados direitos. E foi exatamente nessa perspectiva que, no ano de 1966, entraram em vigor dois instrumentos internacionais de proteção aos direitos do homem, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.¹⁵⁶

Cumpre-se destacar, afinal, que o principal motivo pelo qual fez-se a opção pela coexistência de instrumentos jurídicos distintos¹⁵⁷ – que ao mesmo tempo se complementam e garantem os mesmos direitos – foi exatamente ampliar e fortalecer a proteção dos direitos humanos, garantindo-lhes uma maior tutela. Além disso, optou-se pela primazia do indivíduo e pelo princípio da maior dignidade da pessoa humana.¹⁵⁸

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP)¹⁵⁹ traz uma concepção mais ampla sobre o tratamento do direito à cultura, uma vez que o relaciona com os direitos daqueles indivíduos integrados em determinados

¹⁵⁶ PIOVESAN, Flávia. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988**. Revista O Direito. Lisboa: Almedina, ano 141, número 1, 2009. p. 116.

¹⁵⁷ Nesse caso, refere-se à coexistência da Declaração Universal dos Direitos Humanos juntamente com os referidos Pactos de 1966.

¹⁵⁸ PIOVESAN, Flávia. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988**. Revista O Direito. Lisboa: Almedina, ano 141, número 1, 2009. p. 117.

¹⁵⁹ **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível para consulta em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

grupos sociais, agregados populacionais ou comuniades políticas e providos de identidade cultural própria.¹⁶⁰

É nesse sentido que o artigo 27.º do PIDCP dispõe sobre os Estados em que existam quaisquer tipos de minorias, garantindo que nenhuma das pessoas que pertençam a essas minorias – sejam elas de natureza étnica, religiosa ou linguística – será privada de exercer sua própria vida cultural, a professar e praticar sua própria religião e a utilizar a sua própria língua.

Entretanto, para além do reconhecimento explícito ao direito à cultura presente no artigo 27.º, que trata de maneira específica e pioneiramente sobre as minorias, arrisca-se também a um reconhecimento implícito do direito à cultura perante o artigo 19.º do mesmo Pacto. Refere-se, portanto, à consagração das “liberdades de espírito”, isto é, o direito a que toda pessoa tem de não ser discriminada em razão da sua opinião, compreendendo “a liberdade de procurar, receber e divulgar informações e ideias de toda a índole sem consideração de fronteiras, seja oralmente, por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo que escolher”.¹⁶¹

Já com relação ao Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais (PIDESC)¹⁶², este sim contém o tratamento expresso e específico sobre o direito à cultura nos seus diferentes aspectos, sejam eles de liberdade, de prestação e de participação, bem como sob as particularidades do direito do autor.¹⁶³

¹⁶⁰ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 44.

¹⁶¹ *Idem*, p. 44 e 45.

¹⁶² **Pacto Internacional sobre Direitos Económicos, Sociais e Culturais**. Disponível para consulta em: <http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao_para_a_Defesa_a_Seguranca_e_a_Paz/documentos/pacto_internacional_sobre_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

¹⁶³ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 45.

Dessa maneira, temos, logo no artigo 1.º a garantia do direito à autodeterminação dos povos, bem como o seu livre desenvolvimento cultural. Já no artigo 3.º é frisado a igualdade de gênero, isto é, a igualdade entre homens e mulheres no gozo dos direitos culturais. E, finalmente, o artigo 15.º que reconhece a todas as pessoas o direito a participar na vida cultural (n.º 1, alínea *a*)), de gozar dos frutos do progresso científico (n.º 1, alínea *b*)) e de se beneficiar da proteção dos interesses morais e materiais que decorrem de toda produção científica, literária ou artística de que cada um é autor (n.º 1, alínea *c*)); impõe medidas capazes de assegurar a manutenção, o desenvolvimento e a difusão da ciência e da cultura (n.º 2); institui o respeito pela liberdade indispensável à investigação científica e atividades criadoras (n.º 3); incentiva a cooperação entre os Estados-Signatários no campo da ciência e da cultura (n.º 4).

4.2 – Os documentos da UNESCO

A UNESCO é a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura, possuindo alguns documentos que interessam para o presente estudo.

Um deles é a Declaração dos Princípios da Cooperação Cultural Internacional¹⁶⁴, de 4 de novembro de 1966, que destaca, imediatamente em seu preâmbulo, que a dignidade da pessoa humana exige a difusão da cultura de todos os cidadãos com vista à justiça, à liberdade e à paz e, ainda, que a ignorância do modo de vida e dos costumes dos povos representa um obstáculo à cooperação, à amizade e ao progresso da humanidade.

¹⁶⁴ MIRANDA, Jorge. **Direitos do Homem – Principais Textos Internacionais**. 2. ed. Lisboa: Petrony, 1989. p. 189 – 192.

Um dos principais objetivos da referida Declaração parece, de fato, ser a preocupação com o indivíduo, dotado de dignidade. Consequentemente, cada cultura tem dignidade e valores a serem respeitados e salvaguardados, sendo que todos os povos tem o direito de desenvolver a própria cultura, uma vez que esta constitui patrimônio comum da humanidade, na sua variedade, diversidade e influência recíproca (artigo 1.º, n.ºs 1, 2 e 3).

Ademais, a Declaração reforça o direito e o dever de todos os povos e nações para com a cooperação cultural internacional, mediante a difusão de conhecimentos, das relações pacíficas de amizade entre os povos, de um fácil acesso ao conhecimento, dentre outros (artigos 4.º e 5.º).

Além disso, os artigos 6.º e 7.º trazem elementos que dizem respeito à identidade cultural, no momento em que estabelece o respeito à “originalidade” de cada cultura (artigo 6.º) e, ainda, quando trata da difusão das ideias e conhecimentos, estabelecendo o esforço para se assegurar um caráter de “autenticidade” a esta difusão e apresentação das informações (artigo 7.º, n.ºs 1 e 2).

Outro exemplo fixa-se na Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural¹⁶⁵, proclamada a 2 de novembro de 2001, a qual estabelece que a cultura é um fenômeno mutável, assumindo diversas formas (diversidade cultural) no tempo e no espaço. Sendo assim, esta diversidade cultural se manifesta na originalidade e também na pluralidade de identidades que caracterizam os grupos e as sociedades que compõem a humanidade, na mesma lógica em que torna-se indispensável garantir a interação harmoniosa entre pessoas e grupos com identidades culturais a um só tempo plurais, variadas e dinâmicas (artigos 1.º e 2.º).

¹⁶⁵ **Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural**. Disponível para consulta em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

A Declaração, por sua vez, inclui a identidade cultural não só como direito cultural mas também como parte dos direitos humanos, simplesmente pelo fato de que representam direitos universais, interdependentes e indissociáveis e, conseqüentemente, a defesa da diversidade cultural se torna um imperativo ético, inseparável do respeito da dignidade da pessoa humana (artigos 4.º e 5.º).

Menciona-se aqui, por fim, a Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais¹⁶⁶, aprovada a 20 de outubro de 2005, de maneira muito didática e inovadora definiu expressões como “diversidade cultural”, “conteúdo cultural”, “expressões culturais”, “atividades, bens e serviços culturais”, “indústrias culturais”, “políticas e medidas culturais”, “proteção” e “interculturalidade”. Em suma, a Convenção traz orientação para encorajar o diálogo entre as culturas; fomentar a interculturalidade; proteger e promover a diversidade e o respeito pelas expressões culturais; reafirmar o vínculo entre cultura e desenvolvimento; fortalecer a cooperação e a solidariedade internacionais; dentre outros objetivos (artigo 1.º).

Finalmente e a título de conclusão, mediante todos os níveis de proteção dos direitos culturais que foram aqui tratados, é possível que sobrevenha a dúvida sobre qual é, então, a lógica mais adequada de proteção dentro da matéria que versa sobre direitos culturais? Nesse sentido, coaduna-se com a ideia defendida por Vasco Pereira da Silva, uma vez que a proteção desse direito deve acontecer multiniveladamente, ou seja, mediante a consideração de sucessivos patamares de regulação – internacional, europeu, estadual, regional e local – não sendo viável que se estabeleça apenas em termos unilaterais e excludentes.¹⁶⁷ É preciso que, antes de mais nada, se saiba situar o problema e

¹⁶⁶ Encontra-se disponível para consulta em: <<http://www.iber museus.org/wp-content/uploads/2014/07/convencao-sobre-a-diversidade-das-expressoes-culturais-unesco-2005.pdf>>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

¹⁶⁷ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 48 e 49.

adequar cada caso concreto ao melhor nível de proteção previsto, visando sempre a máxima proteção da pessoa humana.

CAPÍTULO III - PRÁTICAS CULTURALMENTE MOTIVADAS: A QUESTÃO DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA

“O debate em torno da chamada ‘mutilação genital feminina’ é talvez um dos que mais tem evidenciado algumas das armadilhas e contradições que se cruzam na defesa dos direitos das mulheres em sociedades pluriculturais configuradas por situações de pós-colonialidade e movimentos migratórios (...) Trata-se de condenar e reprimir uma “prática cultural” que chocaria de maneira flagrante com os direitos individuais das mulheres, prática essa conotada com geografias remotas ou comunidades de imigrantes.”¹⁶⁸

Neste capítulo optou-se por tratar bastante detalhadamente as formas e os modos pelos quais acontecem a chamada Mutilação Genital Feminina (MGF). Somente desta maneira e entendendo todas as implicações e malefícios trazidos para a saúde e para a vida de milhares de mulheres é que será possível justificar e compreender os motivos pelos quais se justificam a restrição de um direito fundamental – o direito à cultura – nos casos em que envolvam a mutilação do corpo feminino.

1 - AS PRÁTICAS CULTURALMENTE MOTIVADAS

Não é difícil entender, ou pelo menos deduzir, que por “práticas culturalmente motivadas” compreende-se todos os atos que são originados pela cultura de um determinado povo. Entretanto, o que esses rituais têm de mais peculiar é que nem sempre estão em acordo com as leis, com a moral e com os

¹⁶⁸ CUNHA, MANUELA IVONE. **Gênero, cultura e justiça: A propósito dos cortes genitais femininos**. Revista Análise Social. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, volume 48, número 209, 2013. p. 835.

bons costumes de onde são praticados¹⁶⁹. Mas como é possível aferir esses tais bons costumes sabendo que, muitas vezes, se referem aos costumes mais consagrados e intrínsecos a uma determinada comunidade, ainda que contrários aos costumes de outras?

Por vezes, as práticas motivadas por propósitos culturais praticadas por um certo grupo representam, até mesmo, um crime dentro de outras sociedades. Dentro desse aspecto podemos pensar em vários exemplos, como a Mutilação Genital Feminina, a perseguição e o casamento forçado. Todas essas três práticas foram introduzidas como crimes¹⁷⁰ no Código Penal Português a partir do ano de 2015, por meio da Lei nº 83/2015, de 05 de agosto, e respectivamente perante os artigos 144.º - A, 154.º - A e 154.º - B. O suporte e fundamentação para a recente introdução desses crimes encontram-se na Convenção de Istambul ou Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, já ratificada

¹⁶⁹ São exatamente esses casos que importam para o presente trabalho. No entanto, convém lembrar que também existem outras práticas culturalmente motivadas que não representam nenhuma afronta à moral, aos bons costume ou a outros direitos humanos e fundamentais.

¹⁷⁰ Nesse caso, trata-se dos chamados “crimes culturalmente motivados” ou “crimes culturais” que, segundo Augusto Silva Dias, citando Van Broeck, acredita ser “um facto praticado por um membro de uma minoria cultural, que é considerado punível pelo sistema jurídico da cultura dominante. Esse mesmo facto é, no entanto, dentro do grupo cultural do infractor, tolerado ou aceite como comportamento normal, aprovado ou mesmo promovido e incentivado na situação concreta”. Acrescenta, ainda, no caso em que a minoria cultural a que pertence o agente for originária do país onde o ato é praticado, então estamos diante de uma subcultura nacional, no entanto, geralmente tem origem forasteira ou exótica.

De acordo com o mesmo autor, as sociedades multiculturais contemporâneas vivenciam um novo tipo de conflito normativo que se revela por meio da diversidade cultural. São desses conflitos que surgem os crimes culturalmente motivados, capazes de gerar árduas questões sob os panoramas dogmático e metodológico. Por isso, em nome dos princípios da igualdade, da culpa e do processo equitativo, deve o juiz compreender a motivação cultural que deu causa ao ato criminoso (o que requer uma “hermenêutica intercultural”, ou seja, uma “aproximação de horizontes culturalmente distantes”) e, ainda, a ponderação na apreciação da responsabilidade penal. Cf. DIAS, Augusto Silva. **A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural**. Revista Julgar. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, número 25, 2015. p. 95 e 96.

por Portugal desde 21 de janeiro de 2013, passando a vigorar a 1 de agosto de 2014.¹⁷¹

As pessoas ou grupos apologistas dessas práticas, na maior parte das vezes, as fazem justamente baseados em causas culturais e geralmente não são capazes de reconhecer o carácter “criminoso”¹⁷² daquele tipo de ação. Ao contrário, julgam socialmente adequadas e até mesmo notáveis – podem apresentar-se até mesmo como um trunfo social – não havendo o discernimento necessário para classificar a prática como lesiva.¹⁷³

Dentro desse contexto, as práticas culturalmente motivadas podem, portanto, representar o choque entre a própria cultura de um povo e as leis que regem o território onde ele está inserido, seja este território o de origem ou não de quem pratica os referidos atos. Entretanto, é muito mais comum que as práticas culturais sejam realizadas por imigrantes, sendo que, tanto quem realiza o ato como quem a ele é submetido, na maioria das vezes, são pessoas socializadas segundo tradições, usos e práticas distintas das que moldam a sociedade que os abrigou.¹⁷⁴

Neste sentido é que o Direito é capaz de representar um “um mínimo instrumental de um máximo cultural”, nas palavras de Maria Fernanda

¹⁷¹ MONTE, Mário Ferreira. **Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: Novos Tempos, Novos Crimes – Comentários à margem da Lei 83/2015, de 5 de agosto**. Revista Julgar. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, número 28, 2016. p. 75.

¹⁷² Nesse sentido, Augusto Silva Dias remonta a casos de MGF ocorridos em França, em que a prática demonstra que, de fato, “Os autores tomam conhecimento do carácter proibido da excisão normalmente no decurso dos processos judiciais e, embora alguns digam que se tivessem conhecido a proibição não teriam seguido tal prática em França, a verdade é que não entendem como pode esta ser qualificada como uma cruel mutilação ou mau trato corporal infligido às próprias filhas”. Cf. DIAS, Augusto Silva. **Faz sentido punir o ritual do Fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, ano 16, número 2, 2006. p. 202 e 203.

¹⁷³ *Idem*, p. 85 e 86.

¹⁷⁴ DIAS, Augusto Silva. **A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural**. Revista Julgar. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, número 25, 2015. p. 96.

Palma, uma vez que o papel do Direito – principalmente no que diz respeito a estes tais casos de crimes com motivações culturais – “é discernir o que pode ser vinculado para todos os cidadãos, a limitação recíproca das liberdades individuais em nome da liberdade geral”. E esta natureza é expressa justamente no momento em que o Direito Penal envolve a aplicação de penas.¹⁷⁵

A questão da criminalização da prática da Mutilação Genital Feminina pode ser encarada como uma forma de resposta do Estado para com este problema social, o qual tem se tornado mais latente nos últimos anos por decorrência do grande fluxo migratório. A questão tem se tornado cada vez mais “emotiva” e sensível aos olhos de uma população cada vez mais preocupada com “os problemas da Justiça”. Segundo Fernanda Palma, esta é uma questão que envolve o Direito Penal Constitucional, o qual “lida com um discurso muito abstrato sobre valores, apoiando-se num elevado nível de racionalização de critérios e ideias”, completando o raciocínio de que “A compreensão pelo cidadão comum da importância da Constituição em geral e de um Direito Constitucional Penal em particular não fazia parte da tradição cultural portuguesa, em que o Direito tendia a ser remetido para o mundo dos juristas. No entanto, por força política, o Direito é objeto privilegiado dos *media* e entrou no quotidiano dos cidadãos. Criou-se, assim, uma relação nova e emotiva com os problemas da Justiça, a par de uma constante sensação de crise”.¹⁷⁶

A autora entende, ainda, que “Para o Direito Constitucional Penal, é especialmente relevante atender às perspectivas comuns sobre valores que constituem o palco cultural de aplicação da Constituição, como a liberdade, a autonomia e a igualdade. Assim, por exemplo, não são irrelevantes as novas perspectivas sobre diferença e identidade sexual, direitos das mulheres ou a proteção dos estrangeiros”.¹⁷⁷ Isto é, torna-se imprescindível recorrer a valores constitucionais capazes de estruturar motivos suficientes para recorrer à

¹⁷⁵ PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 72.

¹⁷⁶ *Idem*, p. 81 e 82.

¹⁷⁷ *Idem*, p. 82.

criminalização de uma prática tal como a MGF, ainda que esta represente a seara da identidade cultural de alguns povos.

2 - O CASO ESPECÍFICO DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA

“Com a imigração, o fenómeno da excisão feminina, que se produzia essencialmente no “longínquo” continente africano, começou a aparecer um pouco por todo o Ocidente. Países como Austrália, Nova Zelândia, EUA, Canadá, Reino Unido, França, Noruega, Suécia, Dinamarca, Bélgica, Holanda e Suíça, que acolhem comunidades bastante significativas de imigrantes originários de países onde a MGF é praticada, já adoptaram medidas oficiais contra a prática, quer sob a forma de leis específicas, que referem explicitamente que a excisão é um crime, quer através de esclarecimentos sobre a sua penalização, previstas nas leis relativas aos actos contra a integridade física. Indicações precisas ao pessoal médico – o código deontológico dos médicos italianos proíbe expressamente a prática ou a colaboração em qualquer forma de MGF – e campanhas de informação junto das comunidades imigrantes são outras formas formas de actuação adoptadas nalguns países ocidentais”.¹⁷⁸

2.1 – Origem, conceito e entendimento da prática

Desde épocas longínquas que o corpo humano é tratado como território simbólico e sujeito a inscrições, as quais, na maior parte das vezes, estão relacionadas com o alcance de um estatuto social ou de uma identidade sexual.

¹⁷⁸ BRANCO, Sofia. **Cicatrizes de mulher**. Lisboa: Público, 2006. p. 104.

Igualmente, tanto a circuncisão masculina como a excisão feminina são assim consideradas dentro daquelas sociedades em que, não basta somente a diferença biológica entre homem e mulher, há que se contar também com uma inscrição no corpo de cada um. Essas tais sociedades, geralmente, acreditam que os seres humanos nascem e permanecem híbridos enquanto o homem conservar o prepúcio e a mulher mantiver o clitoris, sendo que a metamorfose acontece mediante um ritual de passagem sob os auspícios de seus antepassados. Somente após o rito é que os membros da sociedade estarão aptos para se casar e procriar, selando, assim, o compromisso com a continuidade e perpetuação da comunidade.¹⁷⁹

Não existem informações consistentes que atestem a origem da MGF, mas generalizadamente parece ter começado em África Central da Idade da Pedra, se espalhando para norte, pelo Nilo abaixo, até ao Antigo Egito – diz-se que em análises forenses das múmias de Nerfertiti e Cleópatra haviam vestígios de que essas mulheres sofreram mutilações genitais. Nesse sentido, pode-se dizer que a MGF é muito anterior a qualquer religião, não integrando os princípios de nenhuma delas.¹⁸⁰

De acordo com as informações da Organização Mundial da Saúde (OMS) e da Unicef (Fundo das Nações Unidas para a Infância), a MGF vigora em 28 países africanos e em algumas comunidades de países asiáticos, tais como a Índia, Paquistão, Indonésia e Malásia e do Oriente Médio, tais como Iémem, Emirados Árabes Unidos, Omã, Bahraim, Qatar e também em algumas áreas da Arábia Saudita. Existem também registros de tribos australianas e sul-americanas que possuem a MGF como tradição. A única ex-colônia portuguesa que encontra-se nessa lista da OMS e da Unicef é a Guiné-Bissau, onde encontramos números perto dos 50 por cento de mulheres excisadas. Entretanto, os países que lideram a posição de maior índice de realização da MGF são Somália, Djibuti, Eritreia,

¹⁷⁹ DIAS, Augusto Silva. **Faz sentido punir o ritual do *Fanado*? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, ano 16, número 2, 2006. p. 197 e 198.

¹⁸⁰ BRANCO, Sofia. **Cicatrizes de mulher.** Lisboa: Público, 2006. p. 28.

Etiópia, Serra Leoa, Sudão, Gâmbia e Egito, com números que rondam os 90 por cento.¹⁸¹

A excisão clitoridiana na Europa é um fenômeno um tanto quanto recente quando comparado com alguns países em África em que a prática antecede até mesmo as Consituições dos estados. Hoje em dia, exatamente por conta dos intensos fluxos migratórios, países como França¹⁸², Inglaterra, Suécia e Portugal preveem expressamente como crime a Mutilação Genital Feminina.¹⁸³

A prática da ablação de órgãos genitais femininos por razões culturais consiste em um ritual de transição para a idade adulta e pode ser denominado de diferentes formas, tais como: excisão feminina, corte dos genitais femininos, clitoridectomia, circuncisão feminina (utilizado como sendo a outra versão para a circuncisão masculina, ainda que mediante as suas diferenças), cirurgia genital feminina (nesse caso, está associado com a prática realizada por profissionais da saúde, em meio hospitalar, como acontece no Egito, onde o corte dos genitais aparece como prática médica na especialidade de Cirurgia Genital Feminina), *sunna* (termo usados pelos muçulmanos) ou, ainda, *fanado* (no crioulo da Guiné-Bissau o termo é usado para designar um ritual de iniciação e integração na comunidade).¹⁸⁴

¹⁸¹ *Idem*, p. 28 e 29.

¹⁸² Segundo Augusto Silva Dias, em França são imensos os casos de processos e condenações de africanos e africanas pela prática da MGF. Os casos dos tribunais franceses mostram que, tipicamente, a excisão é realizada na maioria das vezes em “crianças de etnias Bambara (Mali), Dogon (Mali), Soninké (Mali | Senegal), e Malinké (Costa do Marfim) com idades compreendidas entre os 2 e os 12 anos, anteriores, portanto, à puberdade, levadas pelos seus pais, especialmente pelas mães” para a realização do corte genital. Cf. DIAS, Augusto Silva. **Faz sentido punir o ritual do Fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, ano 16, número 2, 2006. p. 193.

¹⁸³ DIAS, Augusto Silva. **Faz sentido punir o ritual do Fanado? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana**. Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, ano 16, número 2, 2006. p. 191 – 193.

¹⁸⁴ MARTINGO, Carla. **O corte dos genitais femininos em Portugal: O caso das Guineenses - Estudo Exploratório**. Lisboa: Alto-Comissariado Para a Imigração e Diálogo Intercultural, 2009. Disponível em:

É importante lembrar, entretanto, que a expressão “circuncisão feminina” se diferencia da prática da circuncisão masculina, que por sua vez nada tem a ver com Mutilação Genital Feminina. Isto porque a circuncisão masculina não acarreta nenhum tipo de dano à saúde física ou psicológica do homem, bem como não viola sua integridade física e direitos humanos fundamentais. Pelo contrário, há comprovações médicas (de acordo com a Organização Mundial da Saúde) de que a prática da circuncisão nos homens é extremamente benéfica, apresentando vantagens significativas para a saúde dos homens e sendo capaz de reduzir, inclusive, o risco de infecção pelo vírus HIV.¹⁸⁵

Contudo, a expressão mais recente e que melhor é capaz de representar a essência do ato a qual se refere é a “Mutilação Genital Feminina”, usada tanto pela Organização das Nações Unidas como pela Organização Mundial da Saúde. Esta é a denominação utilizada majoritariamente pelos textos nacionais e internacionais, uma vez que é capaz de realçar o caráter prejudicial e atentatório aos direitos humanos e fundamentais aos quais estão submetidos, ainda nos dias de hoje, muitas mulheres e crianças.

A Organização Mundial da Saúde adotou a seguinte compreensão para a MGF: “A expressão “mutilação genital feminina” (também chamada “corte dos genitais femininos” e “mutilação genital feminina / corte”) refere-se a todos os procedimentos que envolvam a remoção parcial ou total dos órgãos genitais externos ou quaisquer danos infligidos aos órgãos genitais femininos por motivos não médicos. Estima-se que entre 100 e 140 milhões de meninas e mulheres em todo o mundo tenham sido submetidas a estes processos e que, anualmente, 3 milhões de meninas corram o risco de sofrer uma mutilação genital. Há registo da prática de mutilação genital feminina por todo o globo, embora predomine nas regiões do Oeste, Este e Nordeste de África, em alguns

<http://iaia.umarfeminismos.org/images/bibliografia/docs/Corte_dos_Genitais_Femininos__Carla_Martingo.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2018. p. 27 e 28.

¹⁸⁵ Disponível em: <<https://news.un.org/pt/audio/2011/07/1010301>>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

países na Ásia e Médio Oriente e entre certas comunidades de imigrantes na América do Norte e Europa.”¹⁸⁶

2.2 – Valores e justificações culturais

Existem dois principais fatores explicativos para a excisão clitoridiana, ou seja, os supersticiosos e os rituais. Os fatores supersticiosos estão relacionados com certos poderes mágicos que se atribuem ao clitóris feminino, relacionando-se sempre com algum tipo de mito. Já os fatores rituais, para além de também terem conotação mitológica, são os que mais interessam para o estudo jurídico e análise comportamental dos indivíduos.¹⁸⁷

As principais razões apontadas para a prática da MGF têm caráter cultural, uma vez que são ligadas às tradições e aos costumes. Acredita-se ser uma forma de controlar a sexualidade da mulher, mediante crenças sobre higiene (pois a eliminação do clitóris impede a formação de maus odores, ou seja, o clitóris é visto como algo sujo¹⁸⁸), estética (o corte deixa os órgãos genitais das mulheres mais belos) e saúde (o clitóris é visto como impuro e perigoso e uma vez que entre em contato com o órgão sexual masculino poderá causar impotência ao homem e até mesmo levá-lo à morte).¹⁸⁹

¹⁸⁶ **Eliminação da Mutilação Genital Feminina: Declaração Conjunta.** OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS. 2009. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/mutilacao.pdf>>. Acesso em: 27 de setembro de 2018. p. 1.

¹⁸⁷ DIAS, Augusto Silva. **Faz sentido punir o ritual do *Fanado*? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, ano 16, número 2, 2006. p. 196.

¹⁸⁸ No Egito, a menina que ainda não foi excisada é chamada de *nigsa*, isto é, “aquela que é suja”. Cf. BRANCO, Sofia. **Cicatrizes de mulher.** Lisboa: Público, 2006. p. 33.

¹⁸⁹ MARTINGO, Carla. **O corte dos genitais femininos em Portugal: O caso das Guineenses – Estudo Exploratório.** Lisboa: Alto-Comissariado Para a Imigração e Diálogo Intercultural, 2009. Disponível em:

Para além disso, observa-se o caráter moral na cultura da prática da MGF, uma vez que se acredita que a excisão é capaz de assegurar a virgindade da mulher até o casamento, preservando a sua castidade e a honra da família. Ademais, a remoção do clitóris será uma maneira eficaz de reduzir o desejo sexual das mulheres, evitando a infidelidade das mesmas. Dessa forma, acaba por existir um mecanismo de pressão social, mediante a recusa de se contrair casamento com mulher não excisada.¹⁹⁰

Dessa maneira, os rituais de iniciação têm o caráter de revelar valores fundamentais dentro de uma comunidade. Esse ritual, por sua vez, faz parte do chamado *fanado*, isto é, “palavra do crioulo guineense, que figura no título designa precisamente o ritual iniciático (ou de passagem) que assinala a entrada na comunidade do jovem ou da jovem como membro de pleno direito, aptos a casar, procriar e participar nos destinos do grupo, ritual que inclui, na versão masculina, a circuncisão e, na versão feminina, a excisão”. Os indivíduos, portanto, são encaminhados até as chamadas *fanatecas*, “termo crioulo guineense para designar mulheres especialistas em tal prática”.¹⁹¹

As mulheres foram sempre as principais protetoras e conservadoras das tradições, por isso mesmo não é espantoso que as próprias mulheres sejam capazes de perpetuar o ritual da MGF, até porque, nessas comunidades, a mulher só tem valor depois de passar pela excisão. Uma mãe que escolhe não excisar a sua filha pode estar lhe tirando o direito de fazer um bom casamento e de ter uma aprovação social. As mulheres submetidas à MGF ganham benefícios como tornarem-se prontas para o casamento e, em sequência, passarem a ter acesso a recursos da comunidade que de outra forma não teriam,

<http://iaia.umarfeminismos.org/images/bibliografia/docs/Corte_dos_Genitais_Femininos__Carla_Martingo.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2018. p. 116 e 117.

¹⁹⁰ *Idem*, p. 121 a 123.

¹⁹¹ DIAS, Augusto Silva. **Faz sentido punir o ritual do *Fanado*? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, ano 16, número 2, 2006. p. 193 e 194.

como por exemplo ir à escola ou arranjar qualquer tipo de trabalho que lhe possa dar independência financeira.¹⁹²

Em decorrência de tudo isso e, principalmente, dos valores culturais assentados à prática da MGF, são poucas as mulheres que são capazes de denunciar ou se recusar a participar desse ritual, mesmo que lhes ofenda o próprio corpo. São atitudes entranhadas e enraizadas nas mulheres e na comunidade, uma vez que a própria mãe, a vó, a bisavó e todos os antepassados passaram por aquilo, torna-se algo normal e corriqueiro.

2.3 – Classificação

A própria Declaração Conjunta OMS/UNICEF/UNFPA¹⁹³ determina que a mutilação dos órgãos genitais femininos é, atualmente, classificada em quatro tipos ou categorias distintas, sendo que cada uma representa uma intensidade diferente com relação ao corte e, conseqüentemente, aos danos causados à mulher ou criança que é submetida à prática. São, portanto, apresentados os seguintes tipos:

O *tipo I*, que normalmente é chamado de *clitoridectomia*, consiste na remoção total ou parcial do clitóris e/ou do prepúcio. Dentro disto, entretanto, propõe-se a seguinte subdivisão para que se faça uma melhor distinção das principais variações da MGF: *Tipo I a)*, que é a remoção apenas do prepúcio

¹⁹² BRANCO, Sofia. **Cicatrizes de mulher**. Lisboa: Público, 2006. p. 52 e 53.

¹⁹³ Cf. **Eliminação da Mutilação Genital Feminina: Declaração Conjunta**. OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS. 2009. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/mutilacao.pdf>>. Acesso em: 02 de outubro de 2018. p. 6.

(capuz) do clitóris e *Tipo I b*), que implica na remoção do clitóris e também do prepúcio.¹⁹⁴

O *Tipo II*, também chamado de *excisão*, representa a remoção total ou parcial do clitóris e dos pequenos lábios, podendo ser acompanhado ou não da excisão dos grandes lábios. Nesse caso, também são propostas subdivisões para facilitar o entendimento da prática: *Tipo II a*), é a remoção apenas dos pequenos lábios; *Tipo II b*), é a remoção total ou parcial do clitóris e dos pequenos lábios e o *Tipo II c*), que consiste na remoção total ou parcial do clitóris, dos pequenos lábios e dos grandes lábios.¹⁹⁵

Já o *Tipo III*, este chamado de *infibulação*, representa o estreitamento do orifício vaginal por meio da criação de uma membrana selante, pelo corte e aposição dos pequenos lábios e /ou dos grandes lábios, acompanhado ou não da excisão do clitóris. Aqui, são duas as subdivisões estabelecidas: *Tipo III a*), que é a remoção e aposição dos pequenos lábios e *Tipo III b*), que é a remoção e aposição dos grandes lábios.¹⁹⁶

E, finalmente, o *Tipo IV*, é aquele que corresponde a todos os demais atos não classificados, ou seja, todas as demais intervenções que possam ser lesivas aos órgãos genitais femininos em que a pele é perfurada por objetos contundentes, por razões não medicas, como por exemplo: punção ou picar, perfuração, incisão ou corte, escarificação e cauterização (este caso, não há perfuração por objetos contundentes, mas sim a destruição do tecido por queimadura com um ferro quente).¹⁹⁷

De acordo com a classificação apresentada¹⁹⁸, é possível observar que o *Tipo III* é o mais agressivo e que pode apresentar as consequências mais

¹⁹⁴ *Idem*, p. 29.

¹⁹⁵ *Idem*.

¹⁹⁶ *Idem*.

¹⁹⁷ *Idem*, p. 29 e 31 a 32.

¹⁹⁸ Ver também: < <http://www.endfgm.eu/female-genital-mutilation/what-is-fgm/>>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

nefastas, não descartados, como é óbvio, os perigos e males também de todos os outros tipos. Assim, resta claro a importância com relação a essas nomenclaturas e tipologias para a MGF, pois consiste em um esclarecimento detalhado das diversas práticas, sendo possível fazer um levantamento dos danos e consequências físicas e psicológicas relacionadas com cada uma dessas variantes e como tudo isso será capaz de atingir diretamente as vítimas.

2.4 – Consequências

Com relação as consequências geradas pela excisão genital feminina a curto, médio ou a longo prazo, poderá variar de acordo com o tipo de corte que foi realizado (Tipo I, II, III ou IV). Para além das consequências físicas irreversíveis, a prática também pode implicar em profundos danos psicológicos, tanto para crianças como para as mulheres que são submetidas à prática da MGF.

As consequências a curto prazo, ou até mesmo imediatas ao corte, são nomeadamente: hemorragias, infecções, choque, anemia, hipotensão, danos em órgãos limítrofes, danos no canal da uretra, edema da uretra, retenção de urina, desidratação, febre, tétano, gangrena, choque séptico ou, até mesmo, fraturas de membros como clavícula e fêmur devido à força que é aplicada em quem está a ser excisado e que, naturalmente, tenta se libertar do procedimento. Sem falar, é claro, que a morte pode vir como consequência final a todos esses mencionados danos.¹⁹⁹

¹⁹⁹ MARTINGO, Carla. **O corte dos genitais femininos em Portugal: O caso das Guineenses – Estudo Exploratório**. Lisboa: Alto-Comissariado Para a Imigração e Diálogo Intercultural, 2009. Disponível em: <http://iaia.umarfeminismos.org/images/bibliografia/docs/Corte_dos_Genitais_Femininos__Carla_Martingo.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2018. p. 123.

Já com relação aos danos que são causados a longo prazo, podemos dividi-los de acordo com as categorias ou com os tipos de cortes existentes, que nesse caso são:

Tipo I e II: a falta ou a má cicatrização do corte, a formação de abscessos (provocados por infecção bacteriana, gerando um acúmulo de pus), quistos, queloides, infecções urinárias crônicas, relações sexuais dolorosas, VIH/SIDA, hepatite tipo B e outras diversas doenças transmitidas pelo sangue.²⁰⁰

Tipo III: dismenorreia (ou cólica menstrual), obstrução do trato urinário, incontinência urinária, infecções urinárias crônicas, VIH/SIDA, hepatite tipo B e outras doenças transmitidas pelo sangue. O risco, nesse caso, aumenta devido aos cortes que podem ficar mal cosidos e gerar feridas e lesões durante a relação sexual, danos em órgãos limítrofes, danos nos rins e infecções do trato reprodutivo.²⁰¹

Para além de tudo isso, as complicações são igualmente graves quando essas mulheres excisadas entram em trabalho de parto, uma vez que o tecido cicatrizado pode rasgar no momento da saída do bebê. Já as mulheres infibuladas precisam ser novamente cortadas para que o bebê possa sair, sendo que, após o parto, todas elas devem ser costuradas novamente, repetindo-se o procedimento todas as vezes que dão à luz.²⁰²

Todas essas consequências são as cientificamente comprovadas, no entanto, quando nos deparamos com a justificação das pessoas pertencentes aos grupos que praticam a MGF, estas relacionam todos os problemas decorrentes da realização do corte genital com outros fatores alheios aos científicos. Nesses casos, fundamentam a existência de espíritos malignos ou devido ao

²⁰⁰ *Idem*, p. 124.

²⁰¹ *Idem*.

²⁰² *Idem*.

descumprimento de fatores ligados ao ritual e, até mesmo, à própria mulher ou menina, cuja prosmicuidade pode ser a causa de algo ter corrido mal.²⁰³

Sem dúvida, os danos físicos e psicológicos são latentes e podem acompanhar uma mulher pelo resto de sua vida. A remoção do clitóris ou até mesmo a lesão do tecido genital pode retirar a capacidade de fruição sexual da mulher, reduzindo suas zonas erógenas e, conseqüentemente, afetando os seus direitos e liberdades sexuais e até mesmo os de igualdade de gênero. Sem falar nos sintomas de ansiedade, depressão, humilhação que podem ser desencadeados por se tratar de um assunto extremamente íntimo e delicado.

A realização da MGF gera uma lesão irremediável da integridade física tanto das mulheres como das crianças que a ela são submetidas. Isto porque a ablação do clitóris representa uma perda irreversível, sendo que a pessoa não mais poderá reaver ou manifestar mais tarde uma opinião diferente. Além disso, representa uma discriminação contra as mulheres, no momento em que veda a livre fruição de uma parte da sua sexualidade.²⁰⁴

2.5 – O combate à prática da MGF

“As mulheres africanas começaram a lutar contra a MGF em 1924, mas, na altura, eram apelidadas de “loucas” e era-lhes dada pouca atenção. Hoje, há um significativo esforço colectivo para acabar com a prática, embora as abordagens sejam muitas e diferentes”.²⁰⁵

²⁰³ *Idem.*

²⁰⁴ DIAS, Augusto Silva. **Faz sentido punir o ritual do *Fanado*? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, ano 16, número 2, 2006. p. 216.

²⁰⁵ BRANCO, Sofia. **Cicatrizes de mulher.** Lisboa: Público, 2006. p. 119.

2.5.1 – No âmbito da ONU

Inicialmente, o primeiro documento que começou a dar voz e servir de base para todos os posteriores foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada em 1948. Trata-se de um documento de afirmação e defesa de direitos humanos e que prevê que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos” (artigo 1.º), além de também estabelecer que “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes” (artigo 5.º).²⁰⁶

Posteriormente, no ano de 1966, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos veio para reforçar o que a DUDH já havia estabelecido, sendo que do seu artigo 7.º depreende-se: “Ninguém poderá ser submetido a torturas, penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Em particular, ninguém será submetido sem o seu livre consentimento a experiências médicas ou científicas”.²⁰⁷

Adiante, um documento muito mais específico foi criado e, conseqüentemente, aproximou-se ainda mais do que viria a ser a proteção específica destinada à prática da MGF, ou seja, a “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres”²⁰⁸ – ou também

²⁰⁶ **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <<https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#17>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

²⁰⁷ **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos.** Disponível em: <http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

²⁰⁸ **Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres.** Disponível para consulta em: <<http://plataformamulheres.org.pt/docs/PPDM-CEDAW-pt.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

denominada de CEDAW²⁰⁹ – que foi decorrente da I Conferência Mundial sobre as Mulheres, realizada no ano de 1975, e aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (AGNU) no dia 18 de dezembro de 1979.²¹⁰

A referida Convenção é fundada, portanto, com base nos valores da DUDH e passa a reafirmar os seus preceitos de forma mais determinada e específica²¹¹, motivando os Estados Partes na utilização de medidas apropriadas a “modificar os esquemas e modelos de comportamento sociocultural dos homens e das mulheres com vista a alcançar a eliminação dos preconceitos e das práticas costumeiras, ou de qualquer outro tipo, que se fundem na ideia de inferioridade ou de superioridade de um ou de outro sexo ou de um papel estereotipado dos homens e das mulheres” (artigo 5.º, alínea *a*) da CEDAW).

Em continuidade, mais uma iniciativa é tomada com relação a proteção dos direitos humanos e consequente combate as práticas que vão em desencontro com esses direitos, mas dessa vez com as atenções especificamente voltadas para a proteção dos direitos das crianças, isto é, a Convenção sobre os

²⁰⁹ A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres (CEDAW) é um tratado internacional de direitos humanos que enuncia o direito de todas as mulheres e meninas e que visa eliminar todas as formas de discriminação contra as mulheres bem como alcançar a plena igualdade entre mulheres e homens. Seus objetivos são: eliminar a discriminação contra as mulheres; alcançar a igualdade substantiva, a igualdade na prática do cotidiano; agir nos domínios público e privado; agir em todas as áreas da vida das mulheres; agir em prol de todas as mulheres. Cf. < <http://plataformamulheres.org.pt/docs/Brochura-CEDAW4ALL.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018. p. 3.

²¹⁰ Portugal tornou-se signatário da Convenção pouco tempo depois da sua aprovação, ou seja, no dia 24 de abril de 1980.

²¹¹ Nesse caso, de maneira especificamente voltada para a defesa dos direitos das mulheres, tanto que, logo o 1.º artigo da referida Convenção dispõe que: “Para os fins da presente Convenção, a expressão «discriminação contra as mulheres» significa qualquer distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo que tenha como efeito ou como objectivo comprometer ou destruir o reconhecimento, o gozo ou o exercício pelas mulheres, seja qual for o seu estado civil, com base na igualdade dos homens e das mulheres, dos direitos do homem e das liberdades fundamentais nos domínios político, económico, social, cultural e civil ou em qualquer outro domínio”.

Direitos da Criança²¹², adotada pela AGNU em 20 de novembro do ano de 1989.²¹³

O artigo 19.º, n.º 1 da referida Convenção estabelece que “os Estados Partes tomam todas as medidas legislativas, administrativas, sociais e educativas adequadas à proteção da criança contra todas as formas de violência física ou mental, dano ou sevícia, abandono ou tratamento negligente; maus tratos ou exploração, incluindo a violência sexual, enquanto se encontrar sob a guarda de seus pais ou de um deles, dos representantes legais ou de qualquer outra pessoa a cuja guarda haja sido confiada.” Nesse caso, cabe ao Estado proteger a criança contra todas as formas de maus tratos por parte dos pais ou de outros responsáveis pelas crianças e estabelecer programas sociais para a prevenção dos abusos e para tratar as vítimas.

Posteriormente, no ano de 1990, o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres, da CEDAW, adotou a Recomendação Geral nº 14²¹⁴ que dispõe sobre a “circuncisão feminina”²¹⁵. A Recomendação alerta para os danos gerados pela MGF e por outras práticas tradicionais nocivas para a saúde das mulheres, recomendando aos Estados Partes:

A) Que tomem medidas apropriadas e eficazes com vista à erradicação da prática da circuncisão feminina. Tais medidas poderiam incluir: a recolha e disseminação, por intermédio de universidades, associações médicas e de enfermagem, organizações nacionais de mulheres ou outros organismos, de informação de base acerca de tais práticas; o apoio a organizações de mulheres

²¹² **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível para consulta em: <https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

²¹³ Portugal ratificou a Convenção a 21 de setembro de 1990.

²¹⁴ É possível acessar a Recomendação Geral nº 14 por meio digital na Plataforma Portuguesa para o Direito das Mulheres. Disponível em: <<http://plataformamulheres.org.pt/projectos/cedaw4all/recomendacoes-gerais/>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

²¹⁵ Nessa altura, ainda não tinha sido adotada pela ONU a expressão “Mutilação Genital Feminina”, o que somente veio a ocorrer no ano de 1991, uma vez que a palavra “mutilação” enfatiza a gravidade do ato praticado.

que trabalhem, aos níveis nacional e local, para erradicar a circuncisão feminina e outras práticas nocivas para as mulheres; o encorajamento de políticos, membros das profissões liberais, líderes religiosos e líderes comunitários a todos os níveis, incluindo os meios de comunicação e as artes, para que cooperem com vista a influenciar as atitudes face à erradicação da circuncisão feminina; a introdução de programas e seminários educativos e formativos, baseados nos resultados da investigação nesta área, relativos aos problemas que decorrem da circuncisão feminina.

B) Que incluam nas suas políticas nacionais de saúde estratégias adequadas para a erradicação da circuncisão feminina dos serviços de saúde pública. Tais estratégias poderiam incluir a responsabilidade particular que cabe ao pessoal dos serviços de saúde, incluindo as parteiras tradicionais, no que toca a explicar os efeitos nocivos da circuncisão feminina;

C) Que solicitem assistência, informação e aconselhamento junto das organizações pertinentes do sistema das Nações Unidas para suportar e facilitar esforços que estejam a ser desenvolvidos para eliminar práticas tradicionais nocivas;

D) Que incluam nos relatórios a apresentar ao Comité, em conformidade com os artigos 10 e 12 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, informação sobre as medidas tomadas para eliminar a circuncisão feminina.

E, finalmente, no ano de 1997 a OMS, a UNICEF e a UNFPA emitiram uma Declaração Conjunta para a eliminação da MGF, descrevendo as implicações da prática para a saúde pública e direitos humanos. Mais tarde, esta Declaração passou a ser assinada por um grupo mais alargado de organismos das Nações Unidas – OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA,

ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS - conforme já estudado no presente trabalho.²¹⁶

2.5.2 – No âmbito do Conselho da Europa

O Conselho da Europa, fundado no ano de 1949, é a principal organização de defesa de Direitos Humanos no continente europeu.²¹⁷ Sendo assim, não poderia faltar amparo com relação ao combate as práticas culturalmente motivadas – principalmente no que toca à MGF, objeto do presente estudo – que vão na contramão dos direitos humanos e fundamentais. Nesse caso temos a chamada “Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica”, ou “Convenção de Istambul”²¹⁸, datada de 11 de maio de 2011.²¹⁹

A Convenção de Istambul tem como finalidade proteger as mulheres e eliminar toda a forma de violência e discriminação contra elas, promover a igualdade de gênero, o empoderamento das mulheres, promover políticas de proteção e assistência para todas as vítimas de violência e violência doméstica, além de promover a cooperação internacional e o apoio a organizações e organismos responsáveis pela aplicação da lei para que cooperem

²¹⁶ **Eliminação da Mutilação Genital Feminina: Declaração Conjunta.** OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS. 2009. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/mutilacao.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

²¹⁷ Cf. <<https://www.coe.int/pt/web/about-us/who-we-are>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

²¹⁸ Portugal foi o primeiro país da União Europeia a ratificar a Convenção de Istambul, no dia 05 de fevereiro de 2013, tendo entrado em vigor a 01 de agosto de 2014. Cf. <<http://plataformamulheres.org.pt/wp-content/ficheiros/2017/12/Convencao-Istambul.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018. p. 4.

²¹⁹ **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica.** Disponível em: <<https://rm.coe.int/168046253d>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

de maneira eficaz, a fim de adotar uma abordagem integrada visando eliminar a violência contra as mulheres e a violência doméstica (artigo 1.º). Representa um quadro jurídico abrangente que contempla padrões mínimos de resposta de um Estado para a violência contra as mulheres e a sua prevenção. Tem como foco a mudança de mentalidades, invocando a igualdade entre homens e mulheres.²²⁰

No mesmo seguimento, o artigo 3.º da Convenção de Istambul traz algumas importantes definições compreendidas de suas alíneas *a)* até *f)*, respectivamente, tais como “violência contra as mulheres”, “violência doméstica”, “gênero”, “violência contra as mulheres baseada no gênero”, “vítima” e “mulheres”²²¹. Dentro dessas definições nos fixamos em analisar o que vem a ser “violência contra as mulheres” e também a “violência contra as mulheres baseada no gênero”.

Em primeiro lugar, a “violência contra as mulheres é entendida como uma violação dos direitos humanos e como uma forma de discriminação contra as mulheres e significa todos os atos de violência baseada no gênero que resultem, ou sejam passíveis de resultar, em danos ou sofrimento de natureza física, sexual, psicológica ou económica para as mulheres, incluindo a ameaça do cometimento de tais actos, a coerção ou a privação arbitrária da liberdade, quer na vida pública, quer na vida privada” (artigo 3.º, alínea *a)*). Já quanto à “violência contra as mulheres baseada no gênero” é aquela que “designa toda a violência dirigida contra uma mulher por ela ser mulher ou que afecte desproporcionalmente as mulheres” (artigo 3.º, alínea *d)*).

²²⁰ Nesse sentido, ver brochura sobre a Convenção de Istambul da Plataforma Portuguesa para os Direitos das Mulheres: <<http://plataformamulheres.org.pt/wp-content/ficheiros/2017/12/Convencao-Istambul.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018. p. 3.

²²¹ Aqui é importante frisar que a Convenção entende como “mulheres” também aquelas com menos de 18 anos de idade, portanto, o termo é usado de maneira ampla para designar tanto as adultas como as crianças que sejam submetidas à qualquer dos tipos de violência ali tratados.

A Convenção de Istambul reconhece a igualdade de gênero como elemento chave na preservação da violência contra as mulheres e reflete um progresso ideológico e simbólico na teorização dessa violência. Todas as formas de violência contra as mulheres são, então, concebidas como violência de gênero e têm sido legitimadas por razões culturais, estabelecendo, como determinado no próprio Preâmbulo da Convenção²²² “um dos mecanismos sociais cruciais pelo qual as mulheres são forçadas a assumir uma posição de subordinação em relação aos homens”.²²³

Dessa forma, a “violência contra as mulheres baseada no gênero” configura toda a violência direcionada as mulheres simplesmente pelo fato de serem mulheres ou que afete diretamente as mulheres, como é o caso da prática da MGF, uma vez que somente as mulheres detêm o órgão genital feminino e que consiste em grave violação dos direitos humanos das mulheres e enorme obstáculo à realização da igualdade de gênero.²²⁴

A Convenção trata, ainda, mais especificamente da MGF mediante o seu artigo 38º o qual estabelece aos Estados Partes que tomem as adequadas medidas legislativas que assegurem a criminalização das seguintes condutas intencionais: a excisão, infibulação ou qualquer outra mutilação total ou parcial dos grandes lábios, pequenos lábios ou clitóris de uma mulher (alínea *a*)); o ato de forçar uma mulher a submeter-se a qualquer um dos atos enumerados na alínea *a*) ou de lhe providenciar os meios para esse fim (alínea *b*)); o ato de incitar

²²² Também com relação ao conteúdo do Preâmbulo da Convenção de Istambul, importa-se uma outra passagem que diz: “Reconhecendo, com uma profunda preocupação, que mulheres e raparigas estão muitas vezes expostas a formas graves de violência, tais como a violência doméstica, o assédio sexual, a violação, o casamento forçado, os chamados “crimes de honra” e a mutilação genital, que constituem uma violação grave dos direitos humanos das mulheres e raparigas e um obstáculo grande à realização da igualdade entre as mulheres e os homens”. Cf. **Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica**. Disponível em: <<https://rm.coe.int/168046253d>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

²²³ SOTTOMAYOR, Clara. **Temas de Direito das Crianças**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 273 e 274.

²²⁴ *Idem*.

ou forçar uma mulher a submeter-se a qualquer um dos atos enumerados na alínea a) ou de lhe providenciar os meios para esse fim (alínea c)).

Entretanto, para além de prever a punição, a Convenção também coloca enfoque em cima da mudança de mentalidades, ou seja, no que diz respeito à prevenção e combate à violência contra as mulheres, principalmente quando se trata de comportamentos de caráter cultural, sendo que cabe aos Estados Partes tomarem medidas que promovam mudanças nos padrões de comportamento sociocultural tanto de mulheres como de homens e, assim, erradicar preconceitos, costumes, tradições ou qualquer prática baseada na ideia de inferioridade feminina ou em estereótipos de mulheres e homens. A cultura, os costumes, a religião, a tradição ou a pretensa “honra” não devem ser utilizados como justificativa para atos violentos e que atentem contra direitos humanos. É o que prevê o artigo 12.º do diploma em questão.

Além disso, procura-se o empoderamento das mulheres e uma sensibilização que vise a conscientização dos indivíduos, seja por meio de campanhas, de programas preventivos ou até mesmo da educação. E quando se trata de violência contra as mulheres que tenha uma base quase que totalmente cultural e tradicional – como é o caso da MGF – acredita-se que apenas uma gradativa conscientização seja das maneiras mais eficazes (se não a única maneira) para a mudança e o progresso, ou seja, para a erradicação de práticas culturais nocivas aos direitos das mulheres.

À vista disso, o que se pode concluir, portanto, é que a prática da MGF representa não somente uma forma de violência contra as mulheres, mas também uma forma de violência contra as mulheres baseada e fundamentada em questões de gênero e extremamente culturais e intrincadas nos indivíduos que as praticam. Todas as formas de violência contra a mulher são repugnadas pela Convenção de Istambul, independente se de caráter cultural ou não.

2.5.3 – No âmbito da União Europeia

No contexto da União Europeia, o Parlamento Europeu aprovou um conjunto de Resoluções na matéria referente à realização da MGF, destacando-se, portanto:²²⁵

A Resolução (2010/C 117 E/09)²²⁶ que dispõe sobre o combate contra a MGF dentro da União Europeia, requerendo-se aos Estados-membros que implementem estratégias integradas e acompanhadas de planos de ação, mediante a primordial intenção de se proibir a MGF na União Europeia.²²⁷

A Resolução (2010/C 285 E/07)²²⁸ que procura a eliminação da violência contra as mulheres, incentivando os Estados-membros a adotarem as medidas adequadas para acabar com MGF. Prima pela prevenção ao informar as comunidades imigrantes de que a MGF constitui uma grave ofensa à saúde das mulheres e uma violação dos direitos humanos, adotando disposições legais específicas sobre essa matéria.²²⁹

²²⁵ **Planos Nacionais 2014 – 2017: III Programa de Ação para a Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina.** Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2014. p. 7.

²²⁶ **Resolução (2010/C 117 E/09) do Parlamento Europeu.** Encontra-se disponível para consulta em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52009IP0161>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

²²⁷ **Planos Nacionais 2014 – 2017: III Programa de Ação para a Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina.** Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2014. p. 7.

²²⁸ **Resolução (2010/C 285 E/07) do Parlamento Europeu.** Encontra-se disponível para consulta em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:285E:0053:0058:PT:PDF>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

²²⁹ **Planos Nacionais 2014 – 2017: III Programa de Ação para a Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina.** Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2014. p. 7 e 8.

A Resolução (2010/2209 (INI))²³⁰ que versa sobre prioridades e sobre a definição de um novo quadro político comunitário em matéria de combate à violência contra as mulheres, propõe a realização de novos esforços de recolha de dados, tendo em vista a obtenção de dados estatísticos comparáveis sobre a violência baseada no gênero, incluindo a MGF, e solicita aos Estados-membros que rejeitem toda e qualquer referência a práticas culturais, tradicionais ou religiosas como um fator atenuante nos casos de violência contra as mulheres, incluindo os crimes contra a honra e a MGF.²³¹

A Resolução (2012/2684 (RSP))²³² que versa sobre a eliminação da MGF e apela aos Estados-membros para que cumpram as suas obrigações internacionais e unifiquem seus esforços no combate à prática, por meio de medidas de prevenção, de proteção e também da legislação.²³³

2.5.4 – No âmbito da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP)

No ano de 2010 aconteceu a II Reunião de Ministros/as Responsáveis pela Igualdade de Gênero da CPLP²³⁴, oportunidade na qual foi

²³⁰ **Resolução (2010/2209 (INI)) do Parlamento Europeu.** Encontra-se disponível para consulta em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52011IP0127>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

²³¹ **Planos Nacionais 2014 – 2017: III Programa de Ação para a Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina.** Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero, 2014. p. 8.

²³² **Resolução (2012/2684 (RSP)) do Parlamento Europeu.** Encontra-se disponível para consulta em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+P7-RC-2012-0304+0+DOC+XML+V0//PT&language=pt>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

²³³ **Planos Nacionais 2014 – 2017: III Programa de Ação para a Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina.** Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero, 2014. p. 8.

²³⁴ Nesse sentido, visitar a plataforma *online* da CPLP, disponível em: <<https://www.cplp.org/id->

aprovada a chamada Resolução de Lisboa²³⁵, na qual se reconhece que a violência contra as mulheres, mediante todas as suas possíveis formas – incluindo a MGF – constitui uma grave violação de direitos humanos e das liberdades fundamentais das mulheres, representando, portanto, um enorme obstáculo à realização da igualdade de gênero e do empoderamento feminino.²³⁶

Na sequência, surgiram o Plano Estratégico para a Igualdade de Gênero e Empoderamento das Mulheres na CPLP (2010)²³⁷ e, ainda, o Plano de Ação da CPLP para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres (2011)²³⁸, os quais vieram no sentido de estabelecer um conjunto de medidas que objetivam combater as práticas tradicionais nocivas e prejudiciais, nomeadamente a MGF.²³⁹

Logo após, houve a denominada Declaração de Luanda, aprovada na Reunião Extraordinária de Ministros/as Responsáveis pela Igualdade de Gênero da CPLP, realizada no ano de 2011, que considera que a violência contra as mulheres, sob todas as suas formas, incluindo as práticas tradicionais nocivas

4447.aspx?Action=1&NewsId=4273&M=NewsV2&PID=10872>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

²³⁵ A Resolução de Lisboa versa sobre “Gênero, saúde e violência” e, nesse sentido, nota-se que todos estão relacionados com a prática da MGF. Cf. **Resolução de Lisboa - II Reunião de Ministros/as Responsáveis pela Igualdade de Gênero da CPLP**. Encontra-se disponível para consulta em: <file:///C:/Users/Samsung/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3odeLisboaIgualdade+de+G%C3%A9nero2010.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

²³⁶ **Planos Nacionais 2014 - 2017: III Programa de Ação para a Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina**. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero, 2014. p. 8.

²³⁷ **Plano Estratégico para a Igualdade de Gênero e Empoderamento das Mulheres na CPLP, 2010**. Disponível em: <file:///C:/Users/Samsung/Downloads/PECIGEM_IIRMGGenero_maio-2010.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

²³⁸ **Plano de Ação da CPLP para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres, 2011**. Disponível em: <file:///C:/Users/Samsung/Downloads/PLANO-DE-A%C3%87%C3%83O_2017-2020.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

²³⁹ **Planos Nacionais 2014 - 2017: III Programa de Ação para a Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina**. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Gênero, 2014. p. 8.

para as mulheres e meninas, designadamente a MGF, representa uma grave violação dos direitos humanos e um problema de saúde pública.²⁴⁰

3 - A MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA EM PORTUGAL

Portugal está entre os países em risco no que diz respeito à prática da MGF, simplesmente pelo fato de ser um país que abriga todo tipo de cultura, de toda parte do mundo, mas principalmente de países onde a realização da excisão feminina é usual ainda nos dias de hoje. É comum, portanto, que as comunidades imigrantes residentes em Portugal, mas provenientes de países onde a MGF faz parte do âmbito cultural, continuem a realizar a prática aqui dentro do território português. E foi exatamente em decorrência disso que, muito recentemente – no ano de 2015 – foi necessário incluir no Código Penal Português o crime de MGF, tipificando de uma vez por todas a prática da MGF dentro deste território.²⁴¹

²⁴⁰ **Planos Nacionais 2014 – 2017: III Programa de Ação para a Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina.** Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2014. p. 8.

²⁴¹ Antes da tipificação do crime de MGF, esta prática se enquadrava no tipo penal descrito pelo *caput* do artigo 144.º do Código Penal Português, ou seja, o crime de “ofensa à integridade física grave”, integrando uma moldura penal geral. Nesse sentido, dispõe o artigo 144.º: “Ofensa a integridade física grave. Quem ofender o corpo ou a saúde de outra pessoa de forma a: a) Privá-lo de importante órgão ou membro, ou a desfigurá-lo grave e permanentemente; b) Tirar-lhe ou afectar-lhe, de maneira grave, a capacidade de trabalho, as capacidades intelectuais, de procriação ou de fruição sexual, ou a possibilidade de utilizar o corpo, os sentidos ou a linguagem; c) Provocar-lhe doença particularmente dolorosa ou permanente, ou anomalia psíquica grave ou incurável; ou d) Provocar-lhe perigo para a vida; É punido com pena de prisão de dois a dez anos”. Cf. MARTINGO, Carla. **O corte dos genitais femininos em Portugal: O caso das Guineenses – Estudo Exploratório.** Lisboa: Alto-Comissariado Para a Imigração e Diálogo Intercultural, 2009. Disponível em: <http://iaia.umarfeminismos.org/images/bibliografia/docs/Corte_dos_Genitais_Femininos__Carla_Martingo.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2018. p. 208 e 209.

Nesse sentido, no ano de 2003, essa questão foi tratada no II Plano Nacional contra a Violência Doméstica (2003/2006)²⁴², mediante o ponto número 6, que trata especificamente de “Mulheres imigrantes”²⁴³, trabalhando pela primeira vez com a temática específica da MGF. O Plano tinha por escopo, principalmente, estabelecer metas e objetivos de combate à prática da MGF, a promoção de estudos que possibilitassem a identificação das situações de violência doméstica dentro das comunidades imigrantes, a criminalização da MGF, bem como a formação de profissionais de saúde com especial sensibilidade naquilo que diz respeito à MGF.

Logo em seguida, no ano de 2007, a temática da MGF passou a não mais fazer parte do então III Plano Nacional contra a Violência Doméstica, passando a integrar o chamado III Plano Nacional para a Igualdade, Cidadania e

²⁴² **II Plano Nacional contra a Violência Doméstica (2003 - 2006)**. Disponível para consulta em: <<http://www.violencia.online.pt/artigos/show.htm?idartigo=338>>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

²⁴³ O referido ponto de número 6, intitulado de “Mulheres imigrantes”, estabelece na íntegra: “O número de imigrantes que vivem entre nós tem uma dimensão muito significativa no conjunto da sociedade portuguesa. Da coexistência de várias comunidades, com valores e referências culturais tão diferentes resultam problemas novos, nomeadamente na área da violência doméstica. O Governo tem assumido de forma explícita que não consentirá na prática de qualquer forma de mutilação genital feminina em Portugal e actuará nesse sentido. Na aplicação de todas as outras medidas deste Plano as mulheres imigrantes serão consideradas em igualdade de circunstâncias com as de nacionalidade portuguesa; 6.1 - Promoção de estudos que permitam conhecer em profundidade os problemas específicos de violência doméstica a que estão sujeitas as comunidades imigrantes e desenvolver acções de sensibilização especificamente destinadas a essas comunidades (PCM/CIDM, MAI, ACIME) - a implementar com a entrada em vigor do Plano; 6.2 - Sensibilização por formas directas não abrangidas por outras consideradas neste Plano das comunidades de imigrantes para a violação de direitos humanos que constituem todas as formas de mutilação genital feminina (PCM/CIDM, ACIME) - a implementar com a entrada em vigor do Plano; 6.3 - Criminalização de forma expressa da mutilação genital feminina; 6.4 - Habilitar os centros de saúde e os hospitais a prestar o auxílio especial necessário em situações de mutilação genital feminina nas comunidades em que aquelas se inserem e em relação às mulheres e crianças que a eles recorrem (PCM/CIDM, ACIME, MS) - a implementar com a entrada em vigor do Plano”. Cf. **II Plano Nacional contra a Violência Doméstica (2003 - 2006)**. Disponível em: <<http://www.violencia.online.pt/artigos/show.htm?idartigo=338>>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

Gênero (2007 - 2010)²⁴⁴, que por sua vez reconhece a MGF como forma de violência de gênero. A partir de então, surge o chamado I Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina, criado no âmbito do III Plano Nacional para a Igualdade, Cidadania e Género (2007 - 2010).²⁴⁵

Em decorrência deste último, veio então o II Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina²⁴⁶, integrado desta vez no âmbito do IV Plano Nacional para a Igualdade - Género, Cidadania e Não Discriminação (2011 - 2013)²⁴⁷, que veio para dar andamento aos principais objetivos tais como promover os Direitos Humanos, apoiar as vítimas da MGF e promover a sensibilização e a prevenção da prática.

E, por fim, chegamos ao III Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina (2014 - 2017)²⁴⁸, que por seu turno deixa de estar inscrito no Plano Nacional para a Igualdade, passando a fazer parte integrante do V Plano Nacional de Prevenção e Combate à Violência Doméstica e de Género (2014 - 2017). Prevê, portanto, a implementação de 42 medidas estruturais para o desafio da erradicação da prática da MGF, por meio de 5 áreas estratégicas²⁴⁹,

²⁴⁴ **III Plano Nacional para a Igualdade, Cidadania e Género (2007 - 2010)**. Disponível para consulta em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/III_Plano_Nacional_Igualdade_Cidadania_Genero.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

²⁴⁵ **Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina**. Disponível para consulta em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/1prog_eliminacao_mgf.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

²⁴⁶ **II Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina**. Disponível para consulta em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/II_Programa_Accao_Mutilacao_Genital_Feminina.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

²⁴⁷ **IV Plano Nacional para a Igualdade - Género, Cidadania e Não Discriminação (2011 - 2013)**. Disponível para consulta em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2014/02/2011_5_RCM.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

²⁴⁸ **III Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina (2014 - 2017)**. Disponível para consulta em: <<https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2017/07/Relat%C3%B3rio-Intercalar-de-Execu%C3%A7%C3%A3o-do-III-PAPEMGF-2016.pdf>>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

²⁴⁹ Essas áreas estratégicas compreendem: Área estratégica 1 - Prevenir; Área estratégica 2 - Integrar; Área estratégica 3 - Formar; Área estratégica 4 - Conhecer; Área estratégica 5 - Cooperar. Cf. **III Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital**

porém mantendo as principais diretrizes do programa anterior e dando, principalmente, maior ênfase à formação e capacitação dos profissionais que possam ter contato com casos de MGF, comprometendo-se em atuar de modo mais incisivo nas comunidades em risco.²⁵⁰

3.1 – Educação e conscientização da comunidade

Ainda que a MGF não fosse necessariamente praticada dentro do território português – pois, por muitas vezes, os pais podem levar a menina para ser mutilada na terra de origem e depois retornam para Portugal – o fato é que um Estado acolhedor de tantos imigrantes, de tanta diversidade, deve reconhecer a realidade dos países de onde vem esses imigrantes, assim como a bagagem cultural que eles trazem para dentro deste lugar, bem como as consequências que elas geram – principalmente quando olhamos para o âmbito jurídico, como se verá mais adiante. Há que se debater e educar sobre esses assuntos²⁵¹, deixando

Feminina (2014 - 2017). Disponível para consulta em: <<https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2017/07/Relat%C3%B3rio-Intercalar-de-Execu%C3%A7%C3%A3o-do-III-PAPEMGF-2016.pdf>>. Acesso em: 16 de outubro de 2018. p. 7 – 37.

²⁵⁰ Cf. **III Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina (2014 - 2017).** Disponível para consulta em: <<https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2017/07/Relat%C3%B3rio-Intercalar-de-Execu%C3%A7%C3%A3o-do-III-PAPEMGF-2016.pdf>>. Acesso em: 16 de outubro de 2018. p. 3.

²⁵¹ Nesse sentido, relata Sofia Branco que “a primeira (e mais significativa) reacção à hipótese de a prática ser mantida em Portugal foi política, e deu-se ao mais alto nível. O então primeiro-ministro Durão Barroso foi o primeiro a reagir, oficialmente, durante o discurso de tomada de posse da nova presidente da CIDM, Amélia Paiva. Estávamos a 18 de setembro de 2002 e o chefe de Governo pedia à nova responsável que tomasse a questão do debate contra a mutilação genital “como prioritária na sua atenção”. O Governo comprometia-se ainda a não deixar passar em claro “a possibilidade de em Portugal estar a ser regularmente praticada a mutilação genital sobre alguma população feminina de origem africana”. Cf. BRANCO, Sofia. **Cicatrices de mulher**. Lisboa: Público, 2006. p. 88.

muito bem compreensível os limites daquilo que é permitido ou proibido a partir do momento em que dão entrada em território português.²⁵²

Todas as questões que envolvem a MGF são questões de direitos humanos (direitos pertencentes a toda a humanidade, simplesmente pelo fato de fazerem parte dessa condição humana) e, portanto, não deve haver fronteiras, mesmo que a prática não tivesse sido trazida pra Portugal ou para a Europa, ainda assim teríamos de nos preocupar. Mas em verdade, a Europa – e também Portugal – somente reagiu ao assunto após suspeitas de que o ritual já havia se disseminado nas comunidades imigrantes acolhidas nesse espaço tão multicultural, multi-étnico e pluri-religioso, passando a ser uma realidade latente no território europeu.²⁵³

São diversos os obstáculos que envolvem a questão do acolhimento de imigrantes originários de países onde a MGF é permitida. E um dos mais importantes é com relação à integração desses imigrantes juntamente com os demais indivíduos, incluindo, assim, toda a questão que se refere à partilha de culturas e vivências. Entretanto, são poucos os países que se empenham em firmar princípios de relações com os imigrantes, com o objetivo principal de tirar o máximo proveito de ambas as partes – uma vez que vivem num mesmo território e em uma mesma sociedade – criando um quadro de “miscigenação enriquecedora”, ao contrário, o que se vê é que, “em geral, ou se finge ter um liberalismo e tolerância que, na realidade, não existem; ou, ao contrário, pretende-se, logo à partida, evitar quaisquer misturas.”²⁵⁴

²⁵² BRANCO, Sofia. **Cicatrizes de mulher**. Lisboa: Público, 2006. p. 84.

²⁵³ *Idem*, p. 103.

²⁵⁴ *Idem*, p. 109 e 110. A autora acrescenta, ainda: “Se esta relação com os imigrantes não mudar, é natural que acordemos um dia e fiquemos escandalizados ao sermos informados de que uma menina de cinco anos morreu de hemorragia na sequência de uma MGF, feita no interior da sua casa, situada num desses tais bairros que nem sabemos bem onde ficam. Esta separação de mundos contribui também para a clandestinidade da prática, que reduz as hipóteses de conhecimento do fenómeno e, conseqüentemente, de actuação. Os casos que vieram a público na Europa resultaram, normalmente, de situações de emergência, como a morte da criança ou a necessidade de recorrer ao hospital para estancar uma hemorragia. Mesmo nessas alturas, nada garante que o

Mas a despeito desses desafios de integração, há que se atentar para a educação e conscientização da comunidade em geral, tanto no que diz respeito aos indivíduos como cidadãos, como nos profissionais que eventualmente possam lidar com vítimas da MGF. Nesse sentido, destaca-se o importante papel dos profissionais da saúde – pois lidam diretamente com pacientes adultas e crianças que já foram excisadas, tendo o dever de alertá-las para os riscos para a saúde - e dos professores, uma vez que a escola tem um papel fundamental na conscientização e transformação de mentalidades.

Sendo assim, acredita-se que a maneira mais eficaz é educar a população (começando ou dando especial foco a camada mais jovem da população, por exemplo), sensibilizando-os para os efeitos nefastos da prática, que representam graves violações aos mais elementares direitos das mulheres e consequente de direitos humanos. Não se nega que representa um processo moroso, principalmente pelo fato de significar a tradição e a cultura milenar de um povo, mas parece o meio mais eficaz de se fazer entender que não é uma questão de tolher liberdades e direitos culturais, mas sim de abolir o que fere outros direitos ainda maiores e significativos.

Cabe aos Estados o financiamento de campanhas que informem sobre o tema da MGF, com o intuito de sensibilizar a comunidade e informá-las sobre o tema. Na verdade, não somente no sentido da sensibilização, mas principalmente para explicar do que se trata, dando indicações de como contribuir para a erradicação da prática. Além disso, atenta-se para a contribuição da comunidade internacional, como por exemplo no caso da Espanha, onde o Governo de Madrid fomenta a cooperação com os países que já assumiram leis ou medidas políticas em prol da erradicação da MGF.²⁵⁵

profissional de saúde que observou a menina informe a polícia ou as agências de protecção das crianças do sucedido – daí a necessidade de existirem protocolos de actuação que deixem bem claro como agir perante estes casos. Cf. BRANCO, Sofia. **Cicatrizes de mulher**. Lisboa: Público, 2006. p. 110 e 111.

²⁵⁵ BRANCO, Sofia. **Cicatrizes de mulher**. Lisboa: Público, 2006. p. 113 e 114.

Os Estados precisam conhecer muito bem a realidade que permeia seus próprios territórios para que atitudes realmente significativas sejam tomadas. Mas a questão da MGF não está somente nas mãos do Estado propriamente dito, deve abranger todos os mais diversos membros sociais, sejam líderes políticos, representantes religiosos, educadores, médicos, organizações civis e comunicação social. A melhor forma de se combater a MGF parece mesmo ser por meio de uma abordagem multidisciplinar, que leve em conta todos os pormenores culturais capazes de interferir nos valores mais intrínsecos associados à esta prática.²⁵⁶

4 – UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS

De acordo com a Amnistia Internacional²⁵⁷, é preciso olhar para a questão da MGF sob uma “perspectiva de direitos humanos”, uma vez que é possível avaliar a violência contra as mulheres que acontecem em todas as sociedades, mediante diversos aspectos. Vê-se na MGF violações de direitos humanos baseadas no gênero, isto é, que procuram controlar a sexualidade e a autonomia das mulheres. Tudo isso representa, infelizmente, apenas mais uma das muitas injustiças sociais que as mulheres sofrem no mundo e é exatamente por esse motivo, a questão da MGF não pode ser vista em separado.²⁵⁸

Os valores culturais e o direito à cultura como direitos humanos devem ser respeitados, preservados e promovidos. No entanto, quando estes mesmos direitos representam, ao mesmo tempo, a perpetuação de práticas

²⁵⁶ *Idem*, p. 152.

²⁵⁷ É uma organização não governamental que defende os direitos humanos com mais de 7 milhões de membros e apoiantes em todo o mundo. O endereço *online* da organização encontra-se disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/>>. Acesso em 24 de outubro de 2018.

²⁵⁸ BRANCO, Sofia. **Cicatrizes de mulher**. Lisboa: Público, 2006. p. 152.

nefastas e trágicas para a saúde, dignidade ou para a vida de tantas mulheres e crianças, é porque a parte que os macula estes direitos precisa ser eliminada.

É bem verdade que a excisão feminina constitui, como já foi visto, uma tradição cultural milenar, mas não é por isso que deixa de representar, simultaneamente, gravíssimas violações aos mais elementares direitos humanos. Nesse sentido, o que se pretende evitar é que o multiculturalismo²⁵⁹ relativize esse tipo de situação, ou seja, saber reconhecer que as violações causadas pela MGF sejam suficientes para afastar as negatividades presentes nesta prática, ainda que também faça parte da liberdade cultural e de autodeterminação dos indivíduos.

Sofia Branco, em sua obra sobre a MGF, afirma que não se pode relativizar direitos humanos tão fundamentais e invioláveis e que tanto demoramos para conquistar em nome do multiculturalismo, posto que – devido ao caráter mutável da cultura – “o que era cultura ontem pode bem não o ser amanhã”. Assim, os direitos humanos de mulheres e crianças a terem sua integridade física e mental, à liberdade, à não discriminação e à saúde não podem ser afetados em nome de razões meramente culturais. As questões que envolvem a excisão feminina estão “no mais global contexto de falta de poder social, político e econômico”.²⁶⁰

A problemática que ronda a prática da MGF tem ligação não apenas com as comunidades locais – isto é, onde elas se originam ou são comuns – mas também com a comunidade internacional. “Ao mesmo tempo, esta perspectiva exige dos governos e das autoridades locais o cumprimento dos tratados

²⁵⁹ Nesse sentido, destaca-se o que disse Adriana Aguiar Branco, deputada portuguesa do PSD, durante intervenção parlamentar dedicada à MGF, sessão plenária do dia 5 de março de 2004: “O multiculturalismo tem limites, tendo necessariamente que ceder sempre que esteja em causa a violação de valores superiores. É fundamental distinguir a tolerância e a defesa da diversidade cultural da permissividade e cumplicidade perante atitudes e costumes próximos da tortura e contrários ao respeito pela integridade e dignidade das pessoas.” Disponível em: <<http://demo.cratica.org/sessoes/2004/03/05/>>. Acesso em 30 de outubro de 2018.

²⁶⁰ BRANCO, Sofia. **Cicatrizes de mulher**. Lisboa: Público, 2006. p. 153 e 154.

internacionais de direitos humanos e lembra à comunidade internacional a sua quota de responsabilidade nas garantias de protecção desses mesmos direitos”.²⁶¹ Por isso, torna-se inaceitável que a comunidade internacional permaneça inerte a uma prática que acarreta danos irreparáveis em mulheres e crianças – diante das fundadas violações de direitos humanos – já que fere direitos civis, políticos e coletivos.

²⁶¹ *Idem*, p. 155.

CAPÍTULO IV - LIMITES AO DIREITO À CULTURA

Até o presente momento tratou-se de demonstrar o que é cultura e também exemplos do que vem a ser uma cultura perante a qual conseguimos identificar elementos capazes de prejudicar outros direitos essenciais dos indivíduos, nomeadamente a prática da MGF, a qual fere direitos humanos e fundamentais das mulheres e crianças que a ela são submetidas. O problema surge exatamente quando nos deparamos com um aparente conflito de direitos fundamentais e pensamos qual deles é que deve prevalecer. Mas e quando esse direito à cultura é capaz de ferir, além da dignidade da pessoa humana, outros direitos fundamentais, o que deve prevalecer?

No Estado de Direito em que vivemos, em que a dignidade da pessoa humana constitui seu principal pilar estruturante, como é possível identificar que o exercício de um direito tão fundamental como o da cultura é capaz de por em causa valores inerentes à própria existência desse Estado? É isso que se procura demonstrar no capítulo em questão.

1 - DIREITO FUNDAMENTAL À CULTURA NO ESTADO DE DIREITO

Antes de mais nada, considera-se importante, no presente momento, entender melhor o que vem a ser o Estado de Direito em que vivemos e, principalmente, os seus principais propósitos e preocupações. Antes disso, valiosa também resta a síntese, ainda que muito breve – considerando a extensão e a riqueza que se estende sobre o assunto – do que se entende e do que representam os direitos fundamentais para que, somente assim, seja possível visualizar a sua importância dentro do nosso Estado democrático de Direito.

1.1 – Um breve entender sobre direitos fundamentais

Para Canotilho, os direitos fundamentais nada mais são do que “direitos juridico-positivamente vigentes numa ordem constitucional”, sendo que a positivação desses direitos deve acontecer de forma a tornarem-nos fundamentais, representando a agregação constitucional de todos os direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” dos indivíduos. Esses direitos sem a positivação jurídica são meras “esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”.²⁶²

Vasco Pereira da Silva defende os direitos fundamentais por duas perspectivas, são, por um lado, direitos subjetivos imediatamente resultantes da Constituição e que constituem o conteúdo das concretas relações jurídicas públicas ou privadas que participem os respectivos titulares. Mas, por outro lado, significa também dizer que a consagração dos direitos fundamentais gera o reconhecimento constitucional de que todos os cidadãos gozam da qualidade de sujeitos de direito (destituídos, agora, daquela antiga qualidade de “súbditos”, “objectos do poder” ou “administrados”), tanto nas relações jurídicas públicas como privadas, sem que seja preciso recorrer a uma relação “geral e abstracta” pré-existente. Por fim, defende que não se deve recorrer a uma ideia constitucional de relação jurídica geral meramente abstrata ou latente de direitos fundamentais, posto que “uma coisa é a previsão constitucional de direitos, outra a sua integração numa concreta relação jurídica”.²⁶³

De fato, quando pensamos nessa última perspectiva para os direitos fundamentais, transferida para o foco do presente trabalho, não há que se falar

²⁶² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 347.

²⁶³ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 91.

em conceitos e noções estanques, abstratas ou generalizadas, uma vez que os direitos fundamentais – principalmente os culturais aqui tratados – podem ser relativizados de acordo com cada caso concreto, ou seja, serão suscetíveis de ponderação e de limitações mediante cada situação e cada relação jurídica em questão.

1.2 – Estado social e democrático de Direito

Diz-se que somente existirá Estado²⁶⁴ de Direito “quando no cerne das preocupações do Estado e dos seus fins figurar a protecção e garantia dos direitos fundamentais, verdadeiro ponto de partida e de chegada do conceito. Ponto de partida porque, desde logo, desde o momento constituinte, o Estado terá de visar, como núcleo essencial dos seus fins, a realização dos direitos; o que não será, contudo, suficiente, pois não seria Estado de Direito aquele que deliberada ou involuntariamente se desviasse daquele objectivo, pelo menos na medida em que a sua realização esteja objectivamente ao seu alcance. A efectiva garantia e protecção dos direitos será assim, igualmente, ponto de chegada, ainda que (...) nunca plena ou absolutamente alcançado”. O Estado de Direito nada

²⁶⁴ A maneira mais recorrente de se entender o termo Estado – a qual, inclusive, se coaduna com o entendimento de Jellinek – é que representa um “fenômeno histórico que consiste em um *povo* exercer em determinado *território* um poder próprio, o *poder político*”. Não há como negar que um Estado compõe-se, fundamentalmente, numa comunidade de pessoas, ou seja, constitui-se por homens e mulheres que o Direito entende como cidadãos e que estão sujeitos à observância das mesmas leis. Entretanto, não há povo sem organização política, uma vez que ambos possuem a mesma origem, pois “o povo não pode conceber-se senão como realidade jurídica, tal como a organização não pode deixar de ser a organização de certos homens, os cidadãos ou súbditos do Estado. O povo só existe através do Estado, é sempre o povo do Estado em concreto, dependente da organização específica do Estado (e a ela também subjacente). O povo, que nasce com o Estado, não subsiste senão em face da organização e o poder do Estado, de tal sorte que a eliminação de uma ou de outro acarretaria automaticamente o desaparecimento do povo como tal”. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo III – Estrutura Constitucional do Estado**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 34; 53; 56

mais é do que um Estado que se vincula e se limita juridicamente com o objetivo principal de proteção, garantia e realização dos direitos fundamentais.²⁶⁵

O Estado social e democrático de Direito, para além de ter como objetivo principal a garantia dos direitos fundamentais, interessante é também pontuar os dois sentidos que Jorge Miranda atribui para a função do Estado, isto é, acredita que existe um primeiro sentido que se expressa como fim, tarefa ou incumbência do Estado e um segundo sentido que se apresenta como a atividade do Estado. Ensina: “No primeiro sentido, a função não tem apenas que ver com o Estado enquanto poder; tem também que ver com o Estado enquanto comunidade. Tanto pode ser perseguida só pelos seus órgãos e serviços através das chamadas políticas públicas como ser realizada por grupos e entidades da sociedade civil, em formas variáveis de complementariedade e subsidiariedade (tudo dependendo das concepções dominantes e da intenção global do ordenamento). No segundo sentido, a função não é outra coisa senão uma manifestação específica do poder político, um modo tipicizado de exercício do poder, e carece de ser apreendida numa tríplice perspectiva-material, formal e orgânica.”²⁶⁶

Assim, o Estado exerce, por meio dos seus órgãos – cada qual com sua atribuição especializada – atividades que sejam voltadas para o bem comum da sociedade, quais sejam, aquelas impulsionadas pelas chamadas políticas públicas, que por sua vez são efetivadas conforme a ideologia e as escolhas feitas pelo poder público então prevalecente.²⁶⁷

²⁶⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 25 e 26.

²⁶⁶ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo V – Atividade Constitucional do Estado**. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 7 – 9.

²⁶⁷ TAMER, Sergio Victor. **Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias – Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005. p. 13 e 14.

É justamente no cenário do Estado social²⁶⁸ de Direito que surgem as bases para a consolidação, evolução e consequente ampliação dos direitos fundamentais, incluindo-se, ainda, os direitos sociais e passando o Estado a desenvolver um papel mais ativo na sociedade. Passa, portanto, a desenvolver função mais ativa na prossecução da garantia da igualdade material entre todos os indivíduos sob uma concepção de dignidade da pessoa humana.²⁶⁹

Contudo, os direitos fundamentais somente alcançam absoluta proteção e realização mediante o regime democrático, até porque sem o reconhecimento dos direitos políticos – apenas aceitável na democracia – não há que se falar em autonomia individual. Isso porque, em contrapartida, o alcance e a atuação dos direitos fundamentais são completamente diferentes quando contextualizados por regimes autoritários e, consequentemente, desvalorizadores da personalidade individual. Sendo assim, é evidente que o

²⁶⁸ Enquanto que o Estado liberal “tem em vista uma sociedade livre da gestão ou direcção do poder”, o Estado social “intervém nela para a transformar ou conformar”. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo III – Estrutura Constitucional do Estado**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 31.

²⁶⁹ MACHADO, Joana Fernandes. **Democracia e Direitos Fundamentais Sociais: a necessária convivência no Estado Democrático e Social de Direito**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, volume LII, números 1 e 2, 2011. p. 252 e 253. Interessante observar que, nesse segmento, a autora destaca – mediante a nota de rodapé de número 72 – alguns dos diversos autores que defendem ser a dignidade da pessoa humana fundamento de todos os diversos direitos fundamentais, quais sejam: OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. V. I. Coimbra: Almedina Editora, 2007, p. 333; MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional. Tomo IV – Direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 194; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 4ª Edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2009, p. 93; CANOTILHO, J. J. Gomes e MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 58 – 59; SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 87.

princípio democrático²⁷⁰ confere um novo entender aos elementos do Estado de Direito.²⁷¹

Democracia, por sua vez, é considerada como “a forma de governo em que o poder é atribuído ao povo, à totalidade dos cidadãos (quer dizer dos membros da comunidade política) e em que é exercido de harmonia com a vontade expressa pelo povo, nos termos constitucionalmente prescritos”. Nada mais é do que reconhecer que a vontade do povo, desde de que declarada dentro de moldes constitucionais, dever ser critério capaz de condicionar a ação dos governantes. O exercício da democracia não pertence somente ao povo e aos cidadãos, mas também não pertence somente aos governantes. O exercício da democracia pertence a todos eles²⁷², ao povo em conjunto com os governantes.²⁷³

Ora, a democracia²⁷⁴ está também diretamente subordinada à pessoa humana, uma vez que nela destaca-se a importância da vontade popular. Nesse sentido, destaca Paulo Otero: “A democracia é um sistema político ao serviço da pessoa humana viva e concreta, nunca podendo atentar contra esse seu referencial axiológico e teleológico estruturante. Se a democracia deixa de ser

²⁷⁰ O princípio democrático foi evidenciado pela Revolução Francesa, na qual foram designadas as locuções “soberania do povo” e “soberania nacional”, expressões estas que ainda são utilizadas em diversas Constituições modernas, tanto no que se refere a sua linguagem doutrinal como em seu contraditório político. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo VII - Estrutura Constitucional da Democracia**. Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 62.

²⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 25 e 26. p. 207 e 208.

²⁷² Interessante perceber, inclusive, que a palavra “democracia” vem do grego *demos* – que significa “povo” – e *kratein*, que significa “governo”. Ou seja, a própria origem da palavra já remete para a exigência dos dois focos, o povo e os governantes. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo VII - Estrutura Constitucional da Democracia**. Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 59.

²⁷³ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo VII - Estrutura Constitucional da Democracia**. Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 59 e 60.

²⁷⁴ Para Jorge Miranda, “democracia implica exercício tanto de direitos fundamentais de liberdade quanto de direitos de participação política dos cidadãos”. Seria, portanto, a chamada *democracia participativa* – o que na opinião do autor seria algo pleonástico de se falar. Foi apenas após o ano de 1974 que se começou a referir sobre democracia participativa em Portugal. Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo VII - Estrutura Constitucional da Democracia**. Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 32 – 33 e 56.

serva ou súbdita da pessoa humana torna-se uma democracia desumana: a democracia negar-se-á então, perdendo o seu referencial axiológico e teleológico, deixando de ser democracia.”²⁷⁵ E se no centro do contexto democrático está a pessoa humana, está também a sua igual dignidade²⁷⁶ – que será abordado mais a frente e com maior amplitude.

Importante distinguir-se que democracia e Estado de Direito não devem ser confundidos, uma vez que já houve democracia sem Estado de Direito²⁷⁷ e também já houve Estado de Direitos sem democracia²⁷⁸. Não obstante, a democracia representativa, esta sim, clama pelo Estado de Direito, não somente pela sua “complexidade organizatória e procedimental, traduzida na separação de poderes e no princípio da competência”, mas principalmente, pela sua imposição e exigência da garantia dos direitos fundamentais.²⁷⁹ Assim, é justamente nas circunstâncias da democracia representativa – a partir do

²⁷⁵ OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007. Volume 1. p. 425.

²⁷⁶ Nesse aspecto, salienta Reis Novais que os direitos fundamentais requerem a democracia como consequência imposta pelo reconhecimento da igual dignidade de todas as pessoas, que por sua vez reivindica liberdade e igualdade, que obrigam a regra da maioria, como princípio fundamental de funcionamento do sistema político. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 19. Ademais, o mesmo autor afirma sobre a questão dessa igual dignidade: “A dignidade da pessoa humana do Estado social e democrático de Direito é circunstancial e temporalmente determinada e, nesse sentido, é própria de um indivíduo comunitariamente integrado e condicionado, titular de direitos fundamentais oponíveis ao Estado e aos concidadãos, mas socialmente vinculado ao cumprimento dos deveres e obrigações que a decisão popular soberana lhe impõe como condição da possibilidade de realização da dignidade e dos direitos de todos.” Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão). p. 53.

²⁷⁷ Nesse caso, Jorge Miranda usa como exemplos casos de democracia sem Estado de Direito: a democracia jacobina, a cesarista, a soviética e, mais remotamente, a ateniense.

²⁷⁸ Aqui, o autor considera que houve Estado de Direito sem democracia, de certa forma, na Alemanha do século XIX.

²⁷⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo VII – Estrutura Constitucional da Democracia**. Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 67 e 68.

momento em que se dá a ampliação dos direitos fundamentais – que surge a ideia de Estado Social²⁸⁰

Logo, afirma Reis Novais que “se o Estado de Direito tem sido no século XX, por exigência da verificada assunção do novo princípio da socialidade, *Estado social de Direito*, o Estado social de Direito é, por inerência da natureza dos valores que prossegue, *Estado democrático de Direito*”. Ou seja, o Estado social de Direito é inseparável da estrutura democrática do Estado, sendo considerado, portanto, social e democrático e acolhendo “a autonomia individual e a dignidade da pessoa humana como limite originário do seu poder e valor vital e indisponível na ordem comunitária”. Falar em Estado social e democrático de Direito é como revelar uma certa limitação e, ao mesmo tempo, uma vinculação jurídica do Estado que tem por objetivo garantir direitos fundamentais e também promover condições do livre e autônomo desenvolvimento da personalidade individual.²⁸¹

Não obstante, convém acrescentar que para além de concebermos, atualmente, um Estado social e democrático de Direito, concebemos também um Estado constitucional. Isto porque é o constitucionalismo que procura justificar o fato de um Estado ser submetido ao Direito, regido por leis e com as devidas separações de poderes. Dessa maneira, pode-se afirmar, desde logo, que as duas maiores características do Estado constitucional são exatamente o fato de ser Estado de Direito e Estado democrático, obedecendo o princípio da soberania popular, uma vez que o poder político emana do povo.²⁸²

O advento do Estado constitucional, alerta Canotilho, fez com que surgisse a obrigação de se buscar o “pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e condições históricas, os *códigos de observação* próprios de

²⁸⁰ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV - Direitos Fundamentais**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 36.

²⁸¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito**. Coimbra: Almedina, 2013. p. 209 – 212 e 218.

²⁸² CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 87 e 92.

ordenamento jurídicos concretos”. Falar em Estado constitucional, portanto, é falar em Estado que tem uma Constituição capaz de limitar o poder por meio do Direito, isto é, uma Constituição que obedeça a “ordem jurídico-normativa fundamental” que vincula todos os poderes e que seja dotada de supremacia – é o chamado princípio da supremacia da constituição.²⁸³

Por fim, resta apenas acentuar que o fato de se qualificar o Estado de Direito contemporâneo como social e democrático chega a ser redundante²⁸⁴, entretanto acredita-se – principalmente no contexto em que seguimos nesse trabalho – que é importante para que haja uma determinada nitidez com relação ao caráter de limitação jurídica do Estado destinado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos. Esses direitos fundamentais representam, portanto, a base do Estado de Direito e somente é possível falar em proteção e realização dos mesmos quando estamos dentro do contexto de um regime democrático.²⁸⁵

1.2.1 – Princípio do Estado de Direito

Tanto a Constituição Federal brasileira de 1988 como a Constituição da República Portuguesa de 1976 fazem alusão expressa as fórmulas “Estado de Direito democrático” (no caso da Constituição portuguesa, em seu artigo 2.º e 9.º, b)) ou “Estado democrático de Direito” (no caso da Constituição Federal brasileira, em seu artigo 1º). O princípio do Estado de Direito, para além de ser consagrado de forma explícita no texto constitucional, também é amplamente

²⁸³ *Idem*, p. 87 e 92.

²⁸⁴ Reis Novais complementa: “Assim, se o Estado de Direito tem sido, por exigência da verificada assunção do princípio da socialidade, Estado social de Direito, o Estado social de Direito é, por inerência da própria natureza e dos valores que prossegue, Estado democrático de Direito”. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão). p. 37.

²⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão). p. 37.

empregue pela jurisprudência portuguesa como “um princípio geral dotado de um “mínimo normativo” capaz de fundamentar autonomamente direitos e pretensões dos cidadãos e justificar a inconstitucionalidade de actos normativos violadores dos princípios do Estado de direito”.²⁸⁶

Segundo ensinamentos de Canotilho, o princípio do Estado de Direito representa um princípio constitutivo, de natureza material, procedimental e formal²⁸⁷ e que tem por escopo “dar resposta ao problema do conteúdo, extensão e modo de proceder da actividade do estado. Ao “decidir-se” por um estado de direito a constituição visa conformar as estruturas do poder político e a organização da sociedade segundo a *medida do direito*.”²⁸⁸

Porém, em sentido estrito – e também no sentido que mais se coaduna com o presente estudo – pode-se considerar que o princípio do Estado de Direito simplesmente se apresenta como a garantia dos direitos e liberdades fundamentais e na segurança jurídica que a ele está relacionada. Com relação aos direitos fundamentais, cabe ao Estado uma ação positiva para com eles, isto é, garantir não apenas a proteção e o reconhecimento, mas também a disponibilização de condições que possibilitem o exercício efetivo e igualitário entre os seus titulares. Para além disso, quando pensamos a respeito do conteúdo dos direitos fundamentais, estamos a falar sobre valores e padrões mutáveis dentro de uma sociedade, posto que são estabelecidos de acordo com os padrões de cada época e, portanto, que carece de renovação e atualização contínua.²⁸⁹

²⁸⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 248.

²⁸⁷ Nesse sentido, o mesmo autor explica haver alguns “momentos formais do estado de direito”, quais sejam: 1) a divisão dos poderes; 2) o princípio da legalidade da administração; 3) a independência dos tribunais e vinculação do juiz à lei; 4) garantia da proteção jurídica e abertura da via judiciária que assegure o acesso aos tribunais. Cf. CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 249.

²⁸⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 237.

²⁸⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão). p. 49.

Dessa forma, pode-se considerar que o princípio do Estado de Direito possui uma “dimensão garantista”, uma vez que, para além de salvaguardar a liberdade individual também “projecta exigências diferenciadas sobre a actualização do Estado que, de alguma forma, possa afectar os particulares”. Assim, essas denominadas exigências representam princípios jurídicos que, além de servirem como limites para o desempenho da atividade estatal, também atuam como parâmetros de julgamento da constitucionalidade dos atos dos poderes públicos. Esses princípios jurídicos são os chamados “subprincípios concretizadores do princípio do Estado de Direito”²⁹⁰ e, dentre eles está justamente o princípio da dignidade da pessoa humana – o que mais importa para o presente trabalho – o qual, mais adiante, estudaremos de forma mais aprofundada e específica.²⁹¹

No estudo do Estado de Direito a pessoa humana assume uma posição de centralidade, partindo-se sempre da observação do valor fundamental e absoluto do indivíduo. Deve-se, por conseguinte, buscar o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais, edificando a lógica normativa que instaura a dignidade da pessoa humana na centralidade do sistema. O Estado de Direito não tem fim em si mesmo, ou seja, é importante que se enxergue nele um meio pertinente para assegurar o absoluto desenvolvimento da personalidade dos indivíduos e a garantia dos seus direitos fundamentais.

1.3 – Direitos culturais como direitos fundamentais no Estado de Direito

²⁹⁰ Nesse seguimento, Reis Novais assinala, portanto, os seguintes “subprincípios concretizadores do princípio do Estado de Direito”: princípio da dignidade da pessoa humana; princípio da igualdade; princípio da proibição do excesso; princípio da segurança jurídica e princípio da proteção da confiança. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão). p. 50.

²⁹¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão). p. 49 e 50.

Diante do presente cenário, primeiramente é importante perceber que os direitos fundamentais aqui tratados – em especial, obviamente, o direito fundamental à cultura – não intencionam ser entendidos apenas como direitos das minorias, mas sim como direitos fundamentais na qualidade de direitos de todos.²⁹² O direito fundamental à cultura, nesse aspecto, deve ser enxergado como aquele mais intrínseco aos indivíduos, relacionado com a sua liberdade de autodeterminação e capaz de dar razão ao ideal do livre desenvolvimento da personalidade humana.

Os direitos culturais – ou o direito à cultura – com o qual nos preocupamos, assim, são aqueles direitos que chegam a parecer uma espécie de novos direitos pertencentes à modernidade, os direitos que pertencem a todos, os direitos que refletem tudo o que vivemos atualmente: o mundo globalizado, a intensa miscigenação dos povos, as fusões culturais, as migrações generalizadas. Esses direitos culturais têm a particularidade de representar direitos que clamam por ser respeitados e salvaguardados, ainda que diante dessas circunstâncias de constante mutação. Entretanto, o que se verá é que apesar da latente necessidade de preservação desses direitos, concomitantemente, também há que se observar a sua compatibilidade com as demandas sociais nos novos tempos. Isto é, quais são os limites e o alcance que esses direitos fundamentais devem ter para que não esbarrem em outros bens também passíveis de tutela constitucional.

É exatamente por conta de todas essas questões que acredita-se que os direitos fundamentais culturais devem ter níveis distintos de proteção, ou seja, pode-se falar na proteção em âmbito internacional, em âmbito europeu, em âmbito estadual ou até mesmo em âmbito regional. Como já foi falado anteriormente, compactua-se, aqui, com a visão trazida por Vasco Pereira da

²⁹² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 22.

Silva, qual seja uma perspectiva constitucional de proteção do direito à cultura²⁹³, porém não esquecendo do necessário alargamento do conceito de Constituição (por meio da ideia de Constituição cultural), de modo a permitir uma certa abrangência na regulamentação e proteção dos direitos fundamentais também à escala internacional.²⁹⁴

Isto é, quando se trata da proteção do direito à cultura não convém que se coloquem questões apenas a níveis “unilaterais e excludentes”, uma vez que trata-se de um direito fundamental que compactua com uma lógica de “protecção multinivelada”, gerando, portanto, diversos patamares de regulação – como por exemplo o internacional, o europeu, o estadual, o regional, o local. Isto porque, quando se trata de questões culturais, convém que se faça uma análise mais aprofundada do problema, bem como que se entenda as raízes daquela questão, melhor dizendo, que antes seja feita uma ponderação sobre as circunstâncias temporais e espaciais, sobre as tradições culturais ali presentes, bem como sobre as variantes culturais encontradas em cada país.²⁹⁵ Tudo isso porque, como dito, estamos justamente a tratar de direitos pertencentes à modernidade, direitos mutáveis e que evoluem juntamente com os indivíduos e com a sociedade e que, por vezes, necessitam do mais elevado nível de ponderação das reais circunstâncias.

Com relação à Constituição portuguesa, já foi analisado pormenorizadamente no Capítulo II o rol de direitos fundamentais em matéria de cultura contidos na mesma, o que revelou o quão diversificados são esses direitos, “consistindo tanto em direitos subjectivos, como em deveres dos particulares, como ainda em deveres, tarefas e princípios objectivos de actuação dos poderes públicos”, condizendo tanto com a dimensão objetiva como com a

²⁹³ A esta perspectiva constitucional de proteção do direito à cultura é o que podemos chamar de ordenação constitucional da cultura, a qual persegue valores relacionados com a liberdade cultural e também com a democracia cultural – os quais serão abordados mais a frente.

²⁹⁴ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito - Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 42 – 54.

²⁹⁵ *Idem*, p. 48.

subjetiva dos direitos fundamentais. É justamente por essa razão que se depreende que a noção de direito fundamental à cultura apresenta-se de forma complexa tanto sob o aspecto do seu conteúdo como também dos seus sujeitos.²⁹⁶

No entanto, mesmo em decorrência da diversidade e da complexidade com que se apresentam as normas desse direito fundamental, elas não deixam de permanecer unificadas – “unidade de sentido” – uma vez que se tratam da realização cultural de cada indivíduo na vida em sociedade, que representa uma dimensão essencial da dignidade da pessoa humana. É por isso que, nesse ponto, mais uma vez concorda-se com a posição de Vasco Pereira da Silva, vez que este acredita ser mais adequado falar apenas em “um direito fundamental à cultura de conteúdo amplo”²⁹⁷ ao invés de considerar a existência de “muitos direitos”.²⁹⁸ Nesse caso, o que realmente importa é encontrar a melhor maneira para desenvolver uma noção de direito fundamental à cultura que melhor se coadune com os moldes constitucionais, mas que, principalmente, seja

²⁹⁶ *Idem*, p. 86 e 89.

²⁹⁷ A proposta de Vasco Pereira da Silva para se construir uma noção ampla para o direito fundamental à cultura faz-se de forma a se conjugar normas constitucionais de direitos de natureza cultural que estabelecem uma proteção jurídica subjetiva com aquelas de tutela jurídica objetiva, mas que se encontram funcionalizadas com aquelas outras (as subjetivas). Completa: “Trata-se aqui de um procedimento dogmático de recomposição, feito a partir da diversidade e complexidade de normas relativas à cultura em matéria de direitos fundamentais (nomeadamente, dos artigos 42.º, 73.º e 78.º CRP), que é simétrico do habitualmente seguido noutros países europeus – Alemanha, França, Itália, Espanha – em que a lógica seguida é antes a da decomposição. Pois, aí, a doutrina em face da “contenção” do legislador constituinte (que contrasta com a “prolixidade” do nosso) em matéria de direito à cultura, parte de uma (ou de um número muito reduzido) de norma(s), para proceder à sua decomposição em distintas realidades jurídicas (...) reconstruindo assim as respectivas dimensões subjetiva e objetiva.”

²⁹⁸ Para o referido autor, considerar o direito à cultura como a existência de “muitos direitos” torna-se desnecessário e inadequado para tutelar os bens jurídicos em causa, uma vez que essa “multiplicação desnecessária do direito à cultura conduziria à dispersão da protecção jurídica, com todos os riscos inerentes de “banalização” e consequente desvalorização, fazendo com que se perdesse (ou, pelo menos, se esbatesse) a ligação de cada um deles à realização da dignidade da pessoa humana. Ainda para mais, em universos como são os do direito e da cultura, em que a “qualidade” se deve sobrepor à “quantidade”, não fazendo por isso sentido a adopção de concepções “produtivistas” de direitos fundamentais”. Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 87 e 88.

capaz de satisfazer os mais atuais problemas culturais do Estado democrático de Direito em que vivemos.²⁹⁹

Vasco Pereira da Silva, em conformidade com Peter Häberle³⁰⁰, concorda com o chamado “estatuto jurídico de cidadania cultural” (*status culturalis*). Versa que o direito fundamental à cultura deve ser considerado, concomitantemente, como direito subjetivo integrante de relações jurídicas multilaterais de cultura e, ainda, como princípio atributivo de um estatuto jurídico de cidadania cultural.³⁰¹

Dessa forma, apesar do direito à cultura ser considerado como apenas um direito (e não como muitos direitos), ele “apresenta-se sob múltiplas “faces”, havendo necessidade de o reconstruir através de um procedimento de “recomposição dogmática” de previsões constitucionais várias”³⁰². Este direito fundamental torna-se, portanto, passível de ser dissolvido em distintas posições jurídicas, possui caráter complexo e diversificado, manifestando-se tanto na sua consideração como direito subjetivo como na consideração como estatuto jurídico de cidadania cultural³⁰³– o chamado “*status culturalis*” por Peter Häberle.

Nesse momento, já podemos pensar sobre o caso específico da prática da Mutilação Genital Feminina que já se tornou um problema frequente

²⁹⁹ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 88.

³⁰⁰ HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura**. Tradução castelhana de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

³⁰¹ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 92.

³⁰² Nesse caso, Vasco Pereira da Silva trata do direito à cultura dentro da Constituição portuguesa, mais particularmente sobre os artigos 42.º, 73.º e 78.º, afirmando, ainda, que o direito à cultura revela uma natureza de “conceito-quadro”, que “compreende os (sub)direitos fundamentais de criação cultural, de fruição cultura, de participação cultural, de autor e de fruição do património cultural, assim como o dever fundamental dos particulares de defesa e valorização do património cultural, para além de numerosos deveres, tarefas, e princípios jurídicos de actuação a cargo dos poderes públicos”. Cf. SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 94.

³⁰³ SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 94.

no Estado de Direito em que vivemos atualmente. Ao mesmo tempo que faz parte do âmbito cultural de alguns povos, também representa uma grande ameaça a nível da saúde de mulheres e crianças, bem como fere a integridade física das mesmas, retirando-lhes algo que não mais poderão voltar a recuperar. Este, portanto, é um exemplo de problema a nível cultural que deve ser sanado, mas deve ser sanado de maneira que não deixe de cumprir os moldes constitucionais e, ainda, que vise a melhor forma de proteger a dignidade da pessoa humana, base axiológica de todos os direitos fundamentais.

1.4 – Direito fundamental à cultura como direito de liberdade e como direito social

Como foi demonstrado previamente, quando reconhecemos que um direito tem categoria de direito fundamental, isso implica dizer que este direito é detentor de uma proteção especial dentro da Constituição e também de enorme notoriedade dentro da mesma.³⁰⁴

Jorge Miranda afirma que do Estado liberal ao Estado social de Direito “o desenvolvimento dos direitos fundamentais faz-se no interior das instituições representativas e procurando a harmonização entre direitos de liberdade e direitos sociais, de maneiras e segundo modelos mais ou menos variados”³⁰⁵. De acordo com a sistemática atual da Constituição portuguesa³⁰⁶, os

³⁰⁴ MACHADO, Joana Fernandes. **Democracia e Direitos Fundamentais Sociais: a necessária convivência no Estado Democrático e Social de Direito**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, volume LII, números 1 e 2, 2011. p. 255.

³⁰⁵ MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 36.

³⁰⁶ No sentido relativo à sistemática da Constituição portuguesa, Jorge Reis Novais ensina: “A separação estrita entre direitos, liberdades e garantias e direitos económicos, sociais e culturais na Constituição portuguesa, respectivamente nos títulos II e III da parte primeira da Constituição, tem razões e história próprias (...) Trata-se de uma distinção tradicional, baseada numa classificação oriunda do Direito Internacional dos

direitos, liberdades e garantias encontram-se integrados nos direitos fundamentais que asseguram, de modo geral, o acesso a bens de liberdade individual, autonomia pessoal e participação política. Já os denominados direitos econômicos, sociais e culturais estão relacionados com o bem-estar e as condições materiais de vida.³⁰⁷

Dessa maneira, no que diz respeito aos direitos de liberdade, a norma constitucional de direitos fundamentais é capaz de criar um âmbito juridicamente delimitado – ou pelo menos delimitável – de acesso ou aproveitamento de um bem ou interesse, determinando aos poderes constituídos a obrigatoriedade de acatar e garantir a inviolabilidade a as possibilidades jurídicas de realização e concretização do poder de autodeterminação individual que seja direta ou indiretamente reconhecido. Entretanto, com relação aos direitos sociais já se muda um pouco de figura, uma vez que impõe-se ao Estado um dever de prestação, cujo cumprimento depende de pressupostos materiais – diz-se financeiros – ou seja, podendo não se encontrar em inteira disponibilidade do Estado.³⁰⁸

Logo, quando pensamos no direito à cultura, tanto podemos considerá-lo pelo âmbito dos direitos sociais, passíveis de prestações positivas do Estado – por exemplo o direito ao acesso à cultura ou a bens culturais – como também podemos pensar pela outra vertente, ou seja, como um direito de liberdade, pois também são direitos relativos à autodeterminação pessoal e

Direitos Humanos, sendo uma entre muitas outras classificações possíveis.” Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 340.

³⁰⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 340.

³⁰⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 2002. p. 121 e 122.

individual, relacionados com as liberdades culturais e com os direitos relativos à identidade cultural.³⁰⁹

De maneira pertinente, assegura Alexandrino a importância de se ter em consideração que para a concretização da efetiva realização da sociedade integralmente democrática os direitos, liberdades e garantias carecem de complementação pelos direitos sócio-econômicos, ou seja, as duas categorias³¹⁰ de direitos são indispensáveis a qualquer democracia. Assim, ambos os domínios se complementam, se harmonizam, isto é, uns direitos implicam os outros.³¹¹

Nada obstante, no âmbito do presente trabalho, o que se pode depreender é o tratamento do direito fundamental à cultura mais com uma vertente de direitos, liberdades e garantias, uma vez que no caso dos rituais de iniciação praticados por determinadas comunidades (nos quais se incluem a Mutilação Genital Feminina) representa-se a liberdade cultural de um povo de autodeterminação da sua própria identidade cultural e da prossecução de determinadas finalidades.

2 - DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ESTADO DE DIREITO

³⁰⁹ Nesse aspecto, Jorge Miranda considera que existem três categorias básicas para o direito à cultura: 1) os direitos relativos à identidade cultural; 2) as liberdades culturais e 3) os direitos de acesso aos bens culturais. Cf. MIRANDA, Jorge. Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011. p. 174.

³¹⁰ Uma vez que a Constituição da República Portuguesa de 1976 optou por dividir os direitos fundamentais em duas categorias bem delimitadas, quais sejam: 1) a dos direitos, liberdades e garantias e 2) a dos direitos económicos, sociais e culturais. Cf. ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Volume I (raízes e contexto). Coimbra: Almedina, 2006, p. 586 e 587.

³¹¹ ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Volume I (raízes e contexto). Coimbra: Almedina, 2006, p. 595 e 596.

A partir do momento em que um determinado Estado resolve acolher, constitucionalmente, um Estado de Direito, começam por resultar diversos vínculos jurídicos, sendo possível, inclusive, aos particulares invocar juntamente aos órgãos competentes a inobservância do cumprimento dessa vinculação como fundamento de inconstitucionalidade.³¹² É justamente nesse sentido de se tentar buscar uma solução para esses obstáculos jurídicos, gerados por particulares dentro de um Estado de Direito, que o princípio da dignidade da pessoa humana realiza enorme relevância, pois representa o pilar mais significativo do Estado democrático de Direito em que vivemos.

2.1 – Um histórico sobre a dignidade da pessoa humana

Se traçarmos uma linha do tempo, com o intuito de se observar como é que chegamos à concepção de dignidade da pessoa humana nos dias de hoje, temos de voltar à época da Roma antiga, quando já era possível observar um conceito a nível social de dignidade. Esta se conectava, principalmente, com uma noção de prestígio direcionada aos indivíduos. Trata-se da chamada *dignitas* romana e era diretamente relacionada com a ideia de apreço, valor pessoal, a honra que um cidadão podia ter, adquirindo, ao longo da vida, valores morais e éticos, bem como uma boa reputação e posição social.³¹³

A *dignitas*, também chamada de “dignidade contingente”, era como possuir um mérito, um trunfo de relevância social, moral e política que um cidadão podia adquirir. Isto é, consistia em um valor condicional, contingente e

³¹² NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão). p. 09.

³¹³ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. I – Dignidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 31.

gradativo, um *status* que o indivíduo podia ter ou não ter, adquirir ou perder. Essa noção de *dignitas* romana, apesar de ainda ser usada, de certa forma, no domínio da linguagem, no sentido generalizado do dia a dia³¹⁴, em nada se coaduna com a compreensão atual que a dignidade da pessoa humana alcança como princípio jurídico.³¹⁵ Esta representa característica inata a qualquer ser humano, simplesmente pelo fato de pertencer a espécie humana, não sendo, portanto, condicional ou passível de ser perdida pelo indivíduo.

Ao passarmos já para a Idade Média, é possível observar a edificação do conceito de dignidade por meio da influência do cristianismo. No ponto de vista cristão, o mundo foi criado por Deus e o homem à sua imagem e semelhança (*imago Dei*). Por esse motivo, deduz-se a superioridade moral do homem em relação a qualquer outra espécie do planeta Terra, surgindo, já agora, a ideia de que o homem possui dignidade, simplesmente pelo fato de pertencer à espécie humana.³¹⁶

A dignidade da pessoa humana passou, ainda, por uma certa “reconstrução filosófica” tanto no Renascimento, como no iluminismo. Assim, foi com o Renascimento (com Pico Della Mirandola) que a noção de dignidade da pessoa humana começou a se desvincular dos padrões do Cristianismo e do paradigma da *imago Dei*, apesar de ainda manter a lógica da dádiva de criação divina. O homem começa a ser visto como alguém que tem a capacidade de decidir sobre o próprio destino, dotado, portanto, de autonomia, autodeterminação e de liberdade enquanto traços formadores de dignidade,

³¹⁴ Como por exemplo para destacar a qualidade daquele indivíduo que atrai o respeito e a honra dos outros, ou ainda, alguém que possua um cargo ou um título de alta graduação, por exemplo. Nesse caso, são enfatizadas características positivas e de ordem moral que são imputadas a indivíduos que detenham certa grandeza, distinção ou excelência, devido a algum motivo social relevante.

³¹⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. I – Dignidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 31 a 35.

³¹⁶ *Idem*, p. 39 e 40.

distinguindo-o dos demais seres. Era, portanto, considerada como uma dignidade subjetiva.³¹⁷

Já no iluminismo (com Pascal, Pufendorf e Kant) começa-se por desenvolver os ideais que muito se aproximam daquilo que se entende por dignidade hoje em dia. Uma dignidade totalmente independente de convicções religiosas e embasada, sobretudo, na capacidade de atuação racional e de autodeterminação e responsabilização moral da pessoa humana. Há uma relevância da autonomia individual, e uma ideia de importância da pessoa enquanto ser que contempla de capacidade racional e que, portanto, é capaz de fazer escolhas, pelas quais se deve responsabilizar perante os outros, de acordo com seus padrões morais.³¹⁸

Também com o intuito de traçar raízes históricas para a concepção de dignidade da pessoa humana, Alexandrino delimita a existência de duas linhas. A primeira delas refere-se à doutrina de Confúcio, mediante a formulação da chamada “regra de ouro” (não fazer aos outros aquilo que não gostaria que fosse feito a você mesmo), representando, implicitamente, a consciência do princípio da igualdade. A marca principal dessa primeira linha consiste no fato de que a dignidade demanda para o homem um dever de atenção a si mesmo. Acredita-se estar diante de uma raiz não-ontológica da ideia de dignidade.³¹⁹

Já com relação à segunda linha, são os estóicos que começam por desenvolvê-la, passando pelos “doutores da Igreja” e atingindo seu ápice no idealismo alemão, principalmente com Immanuel Kant. Aqui, a dignidade pode ser entendida como uma essência, uma qualidade intrínseca ao homem e igual a todos os homens, incondicionada e imutável. Ressalta-se, ainda, a crença na capacidade de atuação racional do indivíduo e de uma concepção de que o

³¹⁷ *Idem*, p. 42 e 43.

³¹⁸ *Idem*, p. 43 – 46.

³¹⁹ ALEXANDRINO, José Melo. **O discurso dos direitos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 24 – 27.

homem é concebido como fim em si mesmo. Nessa linha, acredita-se estar diante de uma raiz ontológica da ideia de dignidade da pessoa humana.³²⁰

Entretanto, é de se notar que a dignidade humana representa algo consideravelmente recente na seara do Direito Constitucional, aos inúmeros tratados e pactos internacionais relativos a direitos do homem e ao mundo jurídico como um todo. Foi apenas no fim da segunda metade do século XX que a dignidade da pessoa humana passou a atingir patamares jurídicos e a obter ligação com os direitos fundamentais.³²¹ E não foi por coincidência, mas sim pelos resultados devastadores causados pelas experiências autocráticas vividas até então.³²² Assim, após o término da Segunda Guerra Mundial, no ano de 1945, com a assinatura da Carta das Nações Unidas³²³, e, posteriormente, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos³²⁴ em 1948, é que se alcançou o maior impulso evolutivo em relação ao que concebemos atualmente por dignidade, vindo a inspirar as Constituições dos diversos Estados signatários.

Em Portugal, começou-se a tratar constitucionalmente da dignidade da pessoa humana apenas com o advento da Constituição do ano de 1933, no contexto do pós-guerra, quando, na revisão constitucional de 1951, disciplinou-se como incumbências do Estado “zelar pela melhoria das condições das classes sociais mais desfavorecidas, procurando assegurar-lhes um nível de vida compatível com a dignidade humana”. Muito diferente da Constituição

³²⁰ *Idem*, p. 27.

³²¹ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. I – Dignidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 47.

³²² NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão). p. 51.

³²³ No âmbito dos grandes textos internacionais surgidos no contexto do pós-guerra, temos a Carta das Nações Unidas, que dispõe: “A reafirmar a nossa fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana”.

³²⁴ A Declaração Universal dos Direitos Humanos versa sobre a dignidade logo em seu preâmbulo: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”

atual, que declara expressamente que a República se baseia na dignidade da pessoa humana.³²⁵

Assim, já traçados os rumos pelos quais a dignidade da pessoa humana vem percorrendo ao longo dos anos, desde o seu surgimento no âmbito social, nos é possível entender melhor o que ela representa para o ordenamento jurídico-constitucional contemporâneo e qual as suas consequências na seara da proteção de direitos fundamentais.

2.2 – Concepção de dignidade da pessoa humana em harmonia com a perspectiva jurídica contemporânea

A ideia de dignidade da pessoa humana, após passar por um extenso caminho de construção pelos ramos da religião, da filosofia e das ideias política, tornou-se uma realidade constitucional, após já se ter tornado presente na linguagem comum e nas variadas concepções dos povos.³²⁶ Entretanto, uma constante preocupação é justamente a problemática relacionada com a facilidade de banalização da dignidade da pessoa humana³²⁷. É por esse motivo que procuramos encontrar preceitos básicos, partindo do respeito de um conteúdo mínimo para a dignidade.

Por certo, não constitui tarefa fácil achar um conceito ou uma definição fechada para a dignidade da pessoa humana. Isso porque, ao contrário do que acontece com as restantes normas jusfundamentais que referem-se a “aspectos mais ou menos específicos da existência humana” (integridade física,

³²⁵ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2017. p. 222 e 223.

³²⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. I – Dignidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 47.

³²⁷ ALEXANDRINO, José Melo. **O discurso dos direitos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 16.

intimidade, vida, propriedade, etc), trata-se de uma qualidade inerente à qualquer ser humano.³²⁸ Uma vez que se trata de valor inerente a todo e qualquer ser humano, não se desprende do indivíduo, ainda que se trate do mais cruel criminoso, por exemplo. A dignidade pertence, sem nenhuma exceção, a todas as pessoas e em circunstância alguma poderá ser desvinculada ou retirada de qualquer delas.

Dessa forma, pensando em dar um sentido mínimo universalizável para a dignidade, Barroso defende a existência de três conteúdos essenciais para a dignidade, quais sejam: valor intrínseco da pessoa humana, autonomia da vontade e valor comunitário.³²⁹

O valor intrínseco do ser humano, refere-se a um elemento ligado à essência do próprio ser, um elemento universal e inerente a todos os seres humanos e capaz de os distinguir dos outros seres e das coisas. É justamente por constituir num valor intrínseco que a dignidade não fica sujeita à concessão, isto é, não é passível de ser atribuída ou retirada de alguém, uma vez que já nascemos com tal atributo.³³⁰

Em continuidade, quando se trata do campo da dignidade como autonomia da vontade humana, considera-se a capacidade de autodeterminação do indivíduo, o seu direito de decidir as diretrizes da própria vida e de desenvolver voluntariamente a sua personalidade, dotado da capacidade de fazer valorações morais e livres escolhas – como por exemplo sobre religião, política, ideologia, vida afetiva, dentre outras – e sem estar sujeito a imposições

³²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 49 e 50.

³²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Samsung/Dropbox/Tese/dig.pess.hum%20Luis%20R%20Barroso.pdf>. Acesso em: 28 de outubro de 2018. p. 20 e 21.

³³⁰ *Idem*, p. 21 a 23.

externas, uma vez que trata-se de indivíduos capazes de exprimir suas próprias e conscientes vontades.³³¹

Finalmente, a dignidade da pessoa humana entendida como valor comunitário traduz-se na relação do indivíduo com o meio social em que vive, ou seja, aponta uma compreensão relacionada com as responsabilidades e os deveres que cada um mantém perante o grupo. Aparentemente, a concepção de dignidade como valor comunitário relaciona-se com uma espécie de constrição externa à liberdade individual, visto que as escolhas, apesar de individuais, também geram obrigações e deveres perante o grupo.³³²

Com efeito, dentro desse mesmo sentido comunitário dado à dignidade da pessoa humana, evidencia-se a percepção de Ingo Sarlet com relação ao filósofo Kant, o qual sugeria um “caráter intersubjetivo e relacional da dignidade da pessoa humana, sublinhando inclusive a existência de um dever de respeito no âmbito da comunidade dos seres humanos”. Sendo assim, somente por se tratar de um valor inato a cada homem e, ao mesmo tempo da comunidade, é que faz sentido ser interpretado mediante os campos da intersubjetividade e da pluralidade.³³³

Mas o fato é que, ainda que os mais diversos documentos internacionais e as Constituições dos mais diversos Estados façam referência, mesmo que indiretamente³³⁴, à dignidade da pessoa humana e que a intenção

³³¹ *Idem*, p. 23 a 25.

³³² *Idem*, p. 27 e 28.

³³³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 64.

³³⁴ Aqui refere-se àquelas Constituições de Estado de Direito que não consagram expressamente o princípio da dignidade da pessoa humana, mas que a utilizam como parâmetro implícito de decisão e interpretação constitucional. Como é o caso, por exemplo, da Constituição dos Estados Unidos da América e da França, que não se referem expressamente à dignidade da pessoa humana, mas que porém proferem decisões com fundamento nesta. Cf. BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <

desses documentos sejam a sua verdadeira proteção e salvaguarda, em nenhum deles conseguimos encontrar definições para o que vem a ser a dignidade da pessoa humana. Até porque, como tem se tornado óbvio ao longo do presente trabalho, a grande valia seja mais encontrar um conteúdo mínimo para essa dignidade do que propriamente conceituá-la ou delimitá-la.

Entretanto, alguns autores elaboraram sua própria conceituação a respeito da dignidade da pessoa humana, o que não deixa, também de ser proveitoso para o presente estudo. Ingo Sarlet propõe um conceito que, ele mesmo alerta estar em “processo de reconstrução”, uma vez que já sofreu alguns ajustes, mas que pretende a “máxima afinidade possível com uma concepção multidimensional, aberta e inclusiva de dignidade da pessoa humana”. Desse modo entende como dignidade da pessoa humana: “a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.³³⁵

O autor, por fim, alerta que esta proposta conceitual deve ser sempre compreendida no âmbito da “dinâmica e recíproca” relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, sendo que o conteúdo tanto da dignidade como dos direitos fundamentais podem, ainda, ser

file:///C:/Users/Samsung/Dropbox/Tese/dig.pess.hum%20Luis%20R%20Barroso.pdf>. Acesso em: 28 de outubro de 2018. p. 5.

³³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 73.

devidamente tornados operativos para produzirem as necessárias consequências na esfera jurídica.³³⁶

Como já foi observado anteriormente, desde o século XIX têm surgido diversas concepções e entendimentos sobre a dignidade da pessoa humana e, em razão disso, convém primar pelo máximo cuidado na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito a ela. A partir desse raciocínio, Jorge Miranda enuncia diversos pontos, ou seja, projeções ou implicações da dignidade da pessoa humana passíveis de nos situar no contexto de Constituição e também no diálogo com a consciência jurídica geral.³³⁷ Dos pontos destacados pelo autor, selecionam-se, nesse momento, alguns de maior relevância para o tema que se segue, quais sejam:³³⁸

a) A dignidade da pessoa humana é da pessoa enquanto homem e mulher – no sentido de promover a igualdade de gênero, uma vez que “em cada homem e em cada mulher estão presentes todas as faculdades da humanidade”.³³⁹

b) A dignidade pressupõe autonomia da pessoa, embora não pressuponha capacidade (psicológica) de livre decisão – é a força da autonomia da pessoa que possibilita o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, da inviolabilidade da liberdade de consciência, de religião e de culto, na liberdade de criação cultural, dentre outros. No entanto, a dignidade não é capaz de pressupor capacidade psicológica de autodeterminação, pois se assim fosse, dela estariam privadas as crianças e os portadores de anomalia psíquica.³⁴⁰

³³⁶ *Idem.*

³³⁷ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2017. p. 225 – 227.

³³⁸ No mesmo sentido, temos também o seguinte texto do mesmo autor: MIRANDA, Jorge. **A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de Direitos Fundamentais**. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Vol. 1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010. p. 937 e ss.

³³⁹ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2017. p. 226 e 229.

³⁴⁰ *Idem*, p. 227, 235 e 236.

c) Cada pessoa vive em relação comunitária, o que exige o reconhecimento por cada pessoa de igual dignidade das demais pessoas – cada pessoa deve ser compreendida com relação as demais, pois a dignidade de uma pessoa atinge a dignidade das demais pessoas.³⁴¹

d) Mas o respeito pelos outros envolve também o respeito da dignidade de cada um perante os outros – envolvendo solidariedade e responsabilidade, “donde, na mesma perspectiva, a recusa da escravização e de qualquer tipo de discriminação de trabalhos servis, de trabalhos sem condições de salubridade e de segurança ou de salários abaixo do minimamente justo, a recusa da excisão genital, a recusa de servir de correio de droga ou a recusa de comercialização do próprio corpo”.³⁴²

Nesse mesmo sentido, Reis Novais conta o caso do lançamento de anões, ocorrido em França, onde havia uma discoteca que promovia um concurso de projeção à distância de um anão pelos participantes. O espetáculo acabou por ser tratado judicialmente e, por fim, proibido, pois caracteriza um típico caso de “coisificação” e degradação da pessoa humana, além da perversidade dos participantes. Este representa, portanto, um caso prático capaz de demonstrar o sentido e a utilidade da dignidade da pessoa humana enquanto princípio jurídico e de como se justificaria a restrição de direitos fundamentais (nesse caso específico, o direito ao trabalho, liberdade de escolha da profissão e de iniciativa econômica) em nome da proteção da dignidade da pessoa humana, sendo essa entendida tanto como valor objetivo da ordem jurídica, quanto como invocada como dignidade de um grupo (o grupo de anões) ou, até, como dignidade do próprio anão envolvido que deve ser protegida contra si próprio, independente da sua vontade e decisão no âmbito particular.³⁴³

³⁴¹ *Idem*, p. 227 e 236.

³⁴² *Idem*, p. 227 e 237.

³⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. I – Dignidade e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 109 e 110.

e) A dignidade da pessoa, que é também dignidade social, exige integração, participação na vida comunitária, inclusão – pressupõe a proibição de todas as formas de discriminação, promovendo a igualdade no exercício dos direitos civis e políticos.³⁴⁴

f) Somente a dignidade explica a procura da qualidade de vida – a própria Constituição refere-se à “qualidade de vida” como efetivação dos direitos culturais.³⁴⁵

g) A dignidade da pessoa humana está para além da cidadania portuguesa – uma vez que os preceitos fundamentais da Constituição devem ser interpretados e integrados de acordo com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, resta claro que a dignidade também se refere a qualquer pessoa de qualquer nacionalidade, não somente aos portugueses.³⁴⁶

Já agora trazendo para o direito fundamental à cultura, observamos que este pode ser garantido tanto por causa da dignidade da pessoa humana (o direito à cultura garante a dignidade como qualidade de vida), como pode ser restringido por causa da mesma (o respeito da dignidade de cada um perante os outros). Uma vez que a prática de uma determinada cultura seja capaz de ferir a dignidade de uma pessoa, significa que este direito fundamental à cultura deve ser restringido, limitado.

É por todo esse sentido de dignidade que o presente trabalho pretende apresentar a relação do direito fundamental à cultura, especificamente no que toca à prática cultural da MGF, juntamente com a dignidade da pessoa humana. Partindo de uma lógica de que somente há dignidade se houver o devido respeito à vida, à integridade física, à igualdade e à liberdade.

³⁴⁴ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2017. p. 227, 238 e 239.

³⁴⁵ *Idem*, p. 227 e 244.

³⁴⁶ *Idem*, p. 227 e 246.

2.3 – Dignidade como limite ao direito fundamental à cultura

Diz-se que a dignidade possui um caráter dúplice, ou seja, ao mesmo tempo que funciona como “expressão de autonomia da pessoa humana (vinculada à ideia de autodeterminação no que diz com as decisões essenciais a respeito da própria existência)” atua também como algo que necessita da proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente (mas não exclusivamente) quando estamos diante de casos em que existe uma redução ou ausência da capacidade de autodeterminação.³⁴⁷

É por conta dessa dupla dimensão atribuída à dignidade da pessoa humana que surge a importância de se perceber que, de fato, ela funciona, simultaneamente, como limite e como tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral, o que aponta para uma dimensão defensiva e prestacional da dignidade. Sendo assim, esse limite implica, não somente que a pessoa não seja tratada como objeto, como “coisa”, mas também se refere ao fato de que “a dignidade gera direitos fundamentais (negativos) contra atos que a violem ou a exponham a graves ameaças”.³⁴⁸

Nesse âmbito, uma outra questão que surge dentro daquilo que temos por limitações de um direito a favor de outro, tem a ver com o que Reis Novais chama de “dignidade contra dignidade”, ou seja, no caso em que a dignidade vem invocada dos dois lados do conflito³⁴⁹. Nesses casos, ambos os

³⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); MAURER, Béatrice ... [et al]. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30.

³⁴⁸ *Idem*, p. 32.

³⁴⁹ O autor também chama de “conflito de dignidades” e diz que “normalmente, nessas situações ditas de conflito de dignidades, aquilo de que verdadeiramente se trata é de uma colisão de direitos fundamentais, uma colisão de autonomias ou de liberdades

interesses devem ser sujeitados a uma ponderação, sendo que, posteriormente, uma das dignidades sempre terá de ceder, ou seja, uma prevalece e a outra é consequentemente restringida.³⁵⁰

Entretanto, o autor também alerta que – uma vez que adota uma “concepção restritiva de dignidade da pessoa humana”³⁵¹ – o conflito de dignidades somente ocorre por dois motivos, isto é, ou porque se verifica uma utilização menos rigorosa do conceito³⁵² ou porque se adere implicitamente à concepção ampliativa do âmbito de proteção ou do conteúdo normativo da dignidade.³⁵³

A dignidade da pessoa humana pode funcionar, ainda, como núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que significa dizer que existe um conteúdo essencial dentro do direito fundamental que não pode ou não deve ser restringido³⁵⁴. Assim, um direito fundamental pode, sim, ser limitado no

individuais, surgindo a dignidade alegada em favor das pretensões em conflito, mas como um mero sentido de apoio retórico a cada uma delas.” Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. II – Dignidade e inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 184.

³⁵⁰ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. II – Dignidade e inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 183.

³⁵¹ O entendimento do autor sobre dignidade da pessoa humana, em síntese, traduz-se em: “a dignidade da pessoa humana não é um direito fundamental, o conteúdo da dignidade não se identifica com o conteúdo dos direitos fundamentais, as teorias adequadas no âmbito dos direitos fundamentais não são igualmente adequadas no âmbito da dignidade da pessoa humana. A efectividade e o maior alcance jurídico da dignidade da pessoa humana alcançam-se, paradoxalmente, através de uma não identificação entre dignidade e direitos fundamentais, através de uma concepção menos ambiciosa do conteúdo e do âmbito normativo de proteção da dignidade, alcançam-se, se quisermos utilizar essa terminologia, através de uma concepção restritiva da dignidade da pessoa humana.” Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. II – Dignidade e inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 184.

³⁵² E, aqui, destaca-se o caso da frequente banalização da dignidade da pessoa humana a que se refere Alexandrino em sua obra. Cf. ALEXANDRINO, José Melo. **O discurso dos direitos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 15.

³⁵³ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. II – Dignidade e inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 184 e 185.

³⁵⁴ Nesse sentido, opera-se a questão da proteção dos direitos fundamentais por meio da dignidade da pessoa humana, traduzindo-se no chamado “limite aos limites” dos direitos fundamentais. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. rev. Atual. Porto Alegre:

momento em que haja razões suficientemente fortes (ou “situações extremas”) para o fazer.³⁵⁵

Ou seja, permite-se a limitação quando haja situações de máxima gravidade ou situações de evidente violação de um direito fundamental, a ponto de se instituir como intolerável – como por exemplo os mais graves atentados aos direitos humanos.³⁵⁶ Com toda a certeza, não podemos deixar de considerar, aqui, o caso da MGF, compreendido como um atentado contra direitos humanos e contra outros direitos fundamentais das mulheres. O direito fundamental à cultura, em contrapartida, que também detém um núcleo essencial de dignidade da pessoa humana deve ser restringido, no sentido de se coibir a prática ou de, pelo menos adaptá-la a moldes que se livrem da parte macabra do ritual.

No que tange ao caso concreto aqui trabalhado – a invocação do direito à cultura nos casos da prática da MGF – conseguimos enxergar, *a priori*, a dignidade de ambos os lados. Isto é, a dignidade está presente no núcleo essencial do direito à cultura – o qual, teoricamente, não pode ser afetado – mas, em contrapartida, também está presente nos direitos à integridade física, à saúde, à vida (enfim, em todos os direitos das mulheres passíveis de afetação no caso da prática da MGF).

Dessa forma, o que se pretende é uma resolução dos dilemas (compreendidos, aqui, como o exercício do direito fundamental à cultura de um lado e, do outro, a prática de um rito que fere o direito à integridade física, à saúde, à vida, enfim, a todos os direitos das mulheres) capaz de fundamentar a limitação do direito fundamental à cultura por meio de uma ideia de ponderação que gere, consequentemente, a restrição desses direitos sempre que seja

Livraria do Advogado, 2012. p. 142 e 143. E conforme, ainda: NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. II – Dignidade e inconstitucionalidade.** Coimbra: Almedina, 2016. p. 30 – 33.

³⁵⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. II – Dignidade e inconstitucionalidade.** Coimbra: Almedina, 2016. p. 33.

³⁵⁶ *Idem.*

necessário para o prosseguimento estatal de outros bens igualmente dignos de proteção jurídica.³⁵⁷

Para tanto, como bem vimos que a dignidade da pessoa humana é um valor que envolve a autonomia pessoal, mas também um valor social e comunitário, que exige o reconhecimento por cada pessoa da igual dignidade das demais, e, levando-se em consideração que tratamos de um caso prático cultural presente na sociedade em que vivemos, conclui-se pela necessidade, além de se respeitar e proteger a dignidade, de também a promover por meio da difusão de informações, da educação e conscientização da sociedade para com este problema. É o que se verá a seguir com mais riqueza de detalhes.

3 - O CASO ESPECÍFICO DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA E O DEVER DO ESTADO DE RESPEITAR, PROTEGER E PROMOVER A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como vimos, a dignidade da pessoa humana não é algo que necessita ser postulado ou reivindicado, pois se trata da própria condição humana. É exatamente por isso que quando se fala em ter direito à dignidade da pessoa humana, o que se reivindica, na verdade, é o seu respeito, proteção e promoção, resumindo, simplesmente, ao direito a ter uma existência digna.

3.1 – Dever de respeito da dignidade

³⁵⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2017. p. 20.

No que concerne ao dever de respeitar a dignidade da pessoa humana, surge uma questão que versa sobre o seu carácter ser absoluto ou relativo. Isto é, no caso em que a dignidade é invocada de maneira a exigir que a outra parte na relação (que pode ser uma entidade pública ou particulares) respeite tal valor, se abstendo de “afectar, de desrespeitar, de violar a dignidade de outrem”. E, desde já, afirma-se que o dever de respeito da dignidade da pessoa humana, de não a ofender ou agredir é um dever incondicional e absoluto.³⁵⁸

Assim, o respeito pela dignidade da pessoa humana traduz-se num dever absoluto, capaz de vincular não apenas o poder público em geral, mas também todos os particulares, todos os seres humanos, ou seja, gera uma conduta positiva por parte do Estado e dos particulares entre si. Respeitar a dignidade não simboliza um ato de generosidade ou solidariedade, sequer um ato de índole religiosa, moral ou ética, mas sim um ato com força jurídica imposto pela própria Constituição do Estado de Direito.

Como vimos, não podemos negar que, mediante o cenário de intensa imigração e globalização que se vive atualmente, as práticas culturais acompanham as pessoas e, como não poderia ser diferente, a prática da MGF também. Quando olhamos para esse fato, notamos o quão latente se torna o dever de respeito da dignidade humana. Por um lado, os particulares que realizam esse ritual em crianças – e mesmo naqueles casos em que se realizam em adultas³⁵⁹ – e, do outro lado, o Estado de Direito que tem como pilar estruturante a própria dignidade da pessoa humana.

³⁵⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. II – Dignidade e inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 189.

³⁵⁹ Levando-se em consideração que na maioria das vezes a prática é realizada em menores, o consentimento torna-se completamente irrelevante quando tratamos desse tipo de prática. No entanto, justamente por se tratar de uma atividade de cunho cultural, não rara são as vezes em que também possa ocorrer em mulheres já adultas. Cf. MONTE, Mário Ferreira. **Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: Novos Tempos, Novos Crimes – Comentários à margem da Lei 83/2015, de 5 de agosto**. Revista Julgar. Lisboa: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, número 28, 2016. p. 76 e 77.

O dever de respeito é absoluto, ainda que diante do direito fundamental que todos têm de exercer livremente sua cultura, sua religião, sua autodeterminação como pessoa, como indivíduo. Ainda que haja consentimento – nos casos em que a prática é realizada em mulheres adultas, posto que em crianças não há que se falar sequer em consentimento – entende-se, aqui, que ele torna-se completamente irrelevante, uma vez que corrobora com uma prática que se quer erradicar.

Além disso, o consentimento nesses casos viola dignidade da pessoa humana, assim como no já mencionado caso do arremeço de anão na França, em que o tribunal competente entendeu que, apenas o fato de o anão consentir em participar dos espetáculos já era capaz de ferir a dignidade de outras pessoas do mesmo grupo (ou seja, pessoas que também possuem a característica de anãs), simplesmente por se tratar de um ato vexatório e capaz de “coisificar” a pessoa humana, a qual passa a servir de mero instrumento para diversão de outras. Ainda que este caso nem sequer seja prejudicial à nível de integridade física e psicológica como é, comprovadamente, o caso da MGF, o que só tornam os fatos ainda mais absurdos e inaceitáveis.

É exatamente por esses motivos que se diz que o dever de respeito à dignidade deve ser absoluto e oponível contra todos, pois além do dever do Estado de não corroborar com a realização da MGF, também se exigem dos particulares a mesma conduta, isto é, uma conduta de respeito à dignidade que, nesse caso concreto, representa uma conduta negativa, de não se praticar o ritual da MGF.

Todo indivíduo tem o direito de ter sua dignidade respeitada, mas também tem o dever de respeitar a sua própria e a dos outros, por causa do princípio da igualdade ao qual nos beneficiamos todos – desde o fim da Segunda Guerra Mundial, quando coube aos direitos humanos vincular valores de dignidade da pessoa humana com valores de igualdade. “Devido à sua intangível dignidade, o homem tem direito ao respeito. No âmbito de uma

reflexão puramente subjetiva, o perigo será ampliar ou restringir exageradamente o sentido do termo. A percepção unicamente “para si” da dignidade manifesta os limites desse direito. Ela não deve, entretanto, impedir ou limitar esse respeito. É aqui que aparece, então, um subelemento fundamental à dignidade: a igualdade.”³⁶⁰

É, portanto, também em nome do princípio da igualdade que o dever de respeito da dignidade da pessoa humana é universal, absoluto e oponível contra todos. É a chamada igual dignidade de todos os homens, que não se trata de uma questão de valor, de hierarquia, de ser maior ou menor em uns e outros casos, mas sim de algo que se mostra indestrutível e que nunca poderá ser perdido, a não ser que fosse possível ao homem perder a condição de ser humano, de pessoa humana.³⁶¹

Interessante destacar o que diz Béatrice Maurer sobre o respeito da dignidade: “A noção de respeito, que deve ser, dentre outras, obra do direito, comporta um outro aspecto. No lugar da palavra *respeito* encontramos, frequentemente, a palavra *salvaguarda*. Isso significa que “respeitar” não comporta a ação voluntarista de atribuir. O respeito não é a atribuição, mas a salvaguarda de uma realidade que existe independentemente desse respeito, que preexiste a ele. Nós falaremos num reconhecimento. O fim da escravidão, por exemplo, não atribuiu repentinamente aos africanos uma dignidade que eles não possuíam até então, apenas reconheceu uma dignidade da pessoa humana que lhes havia sido injustamente negada. É aqui que reside o progresso do conceito de dignidade da pessoa humana. A dignidade, historicamente, não progride, mas o respeito desta deve afirmar-se, desenvolver-se. Nisso reside a descoberta cada vez mais apurada da dignidade em si, e portanto o progresso da dignidade para

³⁶⁰ MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); MAURER, Béatrice ... [et al]. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 137.

³⁶¹ *Idem*.

si ou para nós. A consequência da dignidade da pessoa humana se formaliza num respeito.”³⁶²

Assim como o passar dos tempos é capaz de trazer o progresso dos costumes, das culturas, das tradições, dos interesses, das ações do homem, também deve trazer a consciência das consequências que pairam sobre certas ações, principalmente quando as consequências são negativas. É preciso respeitar a dignidade para que ela seja reconhecida, e para que acompanhe a evolução do homem em sociedade. O homem que deve respeitar e que é passível de ser respeitado.

3.2 – Deveres de proteção e promoção da dignidade

Ao contrário do que acontece com o dever de respeito da dignidade da pessoa humana, os deveres de proteção e promoção são oponíveis apenas contra o Estado, não chegando a ser exigidos contra os particulares. Ambos são, por natureza, deveres de eficácia intrinsecamente condicionada, isto é, deveres não absolutos. É por isso que, desde logo, destaca-se que a maior diferença com relação ao dever de respeito reside no fato de que uma vez que o Estado tenha que escolher entre o dever de respeito ou a proteção e promoção da dignidade, aquele sempre prevalecerá. É por isso que se pode dizer que há uma menor força normativa em relação aos deveres de proteção e promoção relativamente ao dever de respeito pela dignidade.³⁶³

O dever de proteção está diretamente sujeito à atuação dos poderes democraticamente legitimados, são eles que decidem qual a melhor maneira de se concretizar a proteção da dignidade. O dever de promoção, em especial –

³⁶² *Idem*, p. 141.

³⁶³ NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. II – Dignidade e inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 189 e 190.

ainda que o dever de proteção também esteja – está diretamente relacionado com as possibilidades materiais e financeiras do Estado³⁶⁴, ou seja, com o orçamento público, sendo um dever que se torna dependente das verbas que são destinadas para fins capazes de promover a dignidade da pessoa humana. Claro que esta promoção não é feita diretamente, ou seja, não se promove a dignidade da pessoa humana em si, mas sim por meio do incentivo ou desincentivo de certa prática.

Assim, diz-se que o dever de proteção estatal da dignidade manifesta-se em duas esferas: a proteção da dignidade humana pela respectiva contribuição material do Estado e, ainda, pela proteção contra ofensas à dignidade humana por outrem. “O dever de proteção que se dirige diretamente ao Estado deve garantir primordialmente o respeito à dignidade por terceiros. A “eficácia perante terceiros” da cláusula de inviolabilidade somente adquire a necessária efetividade pelo dever de proteção estatal”.³⁶⁵

No caso concreto da MGF, no momento em que o Estado promove o desincentivo da prática, bem como quando alerta para seus malefícios, seus efeitos, causas e para o seu caráter negativo (por meio de programas para erradicar a MGF, por exemplo)³⁶⁶ ele está, de maneira indireta, a promover a dignidade da pessoa humana. Assim como está a protegê-la quando a defende de ofensas por terceiros (particulares), como por exemplo pela criminalização da prática.

³⁶⁴ *Idem*.

³⁶⁵ STARCK, Christian. **Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã**. trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); MAURER, Béatrice ... [et al]. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 222.

³⁶⁶ Nesses casos, estamos diante de medidas que visam a prevenção de práticas nocivas como a MGF. É conforme prevê o artigo 5º da já mencionada Convenção de Istambul. Cf. MONTE, Mário Ferreira. **Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: Novos Tempos, Novos Crimes – Comentários à margem da Lei 83/2015, de 5 de agosto**. Revista Julgar. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, número 28, 2016. p. 85 e 86.

Hoje em dia, a prática da MGF já está tipificada no Código Penal Português, em que o bem jurídico tutelado é a integridade física, psíquica e mental sexual da pessoa do sexo feminino. Apesar de já existir perante o artigo 144º do Código Penal a punição para a ofensa à integridade física, no caso da MGF essa proteção não era suficientemente eficaz, fazendo com que o legislador impusesse uma maior gravidade para esse crime em específico como um “reforço da tutela jurídico-penal”.³⁶⁷

A tipificação veio, portanto, para acompanhar o andamento da sociedade – uma vez que Portugal recebe uma enorme comunidade de pessoas proveniente de países onde a realização de rituais de MGF são muito comuns – dando caminho para o consequente dever do Estado de proteger a dignidade da pessoa humana por vias legais, seja dentro ou fora do território português.

Entretanto, quando se trata de assuntos assim tão delicados como este da MGF há que se ter cuidado. Tratam-se de questões melindrosas, pois são fatores culturais muito enraizados nos costumes e nas crenças de pessoas que, na maioria das vezes, nem sequer consideram a possibilidade de estarem a fazer algo de errado ou de prejudicial. É nesse momento que entra o dever do Estado de, além de proteger, promover, concomitantemente, a educação e a conscientização dessas comunidades.

Por óbvio que, quando olhamos pelo lado preventivo e de conscientização, isto é, as questões que rondam o dever de promover a dignidade (conscientizar de que a MGF trata-se de uma prática nociva, em vários aspectos, para a própria existência das mulheres inseridas nesse contexto cultural de excisão), não podemos negar que há que se dispor de uma certa natureza material

³⁶⁷ MONTE, Mário Ferreira. **Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: Novos Tempos, Novos Crimes – Comentários à margem da Lei 83/2015, de 5 de agosto.** Revista Julgar. Lisboa: Associação Sindical dos Juizes Portugueses, número 28, 2016. p. 76; 82 e 84.

e financeira do Estado, que o fará por meio da educação³⁶⁸, de políticas públicas ou programas que possibilitem a erradicação da prática, por exemplo.

Entretanto, o dever de promoção de dignidade por parte do Estado também pode ser encarado por uma vertente não só material ou financeira, mas, ainda, por um lado mais abstrato. Ora, se para se promover a dignidade humana o Estado deve garantir condições que possibilitem o seu exercício e fruição, então não se pode negar que também o faz no momento em que (passando para o caso concreto desse estudo) limita o direito de exercício de uma cultura que agride outros direitos (no caso da prática da excisão feminina), como os direitos à vida, à integridade física, à capacidade de autodeterminação futura, aos direitos de fruição sexual, dentre outros. Ao coibir tais práticas – no caso de práticas nocivas como a MGF, em que meninas e mulheres são submetidas à um ritual nefasto – o Estado acaba por criar um ambiente onde mais facilmente se exercerá e se fruirá de uma igual dignidade.

3.3 – A Mutilação Genital Feminina como o direito à cultura que viola dignidade da pessoa humana

A MGF evidencia uma conduta cultural que viola diretamente os direitos das mulheres, do livre desenvolvimento da capacidade de fruição sexual, de igualdade de gênero, de integridade física e psicológica, dentre outros danos. As lesões deixadas no corpo e na alma da mulher – que, na maioria das vezes,

³⁶⁸ Peter Häberle, ao falar da dignidade da pessoa humana dentro de um contexto cultural conclui: “A educação para o respeito da dignidade humana constitui um destacado objetivo pedagógico do Estado constitucional: dignidade humana para cada um, bem como para o próximo, no sentido dos “outros” (como “tolerância”, “solidariedade”).” Cf. HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal**. trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); MAURER, Béatrice ... [et al]. Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 30.

são ainda crianças – simbolizam, para o resto da vida, as suas privações para com a própria capacidade de se autodeterminarem futuramente – uma vez que no futuro já não poderão optar por recuperar aquilo que perderam³⁶⁹. Por meio de tudo isso, conseqüentemente, viola-se a dignidade da pessoa humana.

A questão da violação da dignidade, perante a prática da MGF, não apenas se revela perante aquelas situações em que crianças são submetidas forçosamente à excisão, mas também quando mulheres – mesmo que adultas, livres e capazes de autodeterminarem suas próprias vontades – aceitam livremente participar do ritual. Isso porque, uma vez que fere a dignidade de cada pessoa, também fere a dignidade do grupo de pessoas que ela representa.

Jorge Miranda, sob esse aspecto, defende que: “o respeito pelos outros envolve também o respeito da dignidade de cada um perante os outros”³⁷⁰, ou seja, a dignidade tem uma vertente comunitária que deve ser respeitada. Para tanto, quando da prática da MGF, o consentimento da mulher torna-se completamente irrelevante. Ingo Sarlet lembra que, “mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada”.³⁷¹

³⁶⁹ Nesse sentido da mencionada capacidade de autodeterminação futura, Reis Novais usa o exemplo do grevista de fome, cujo discernimento começa a ficar afetado após alguns dias nessa condição de greve. Portanto, nesses casos, de um lado está em causa a autonomia do grevista em decidir fazer a greve de fome mas, do outro lado, temos o dever do Estado de proteção da dignidade da pessoa humana (o qual, perante esta perspectiva poderia desrespeitar a autonomia do grevista e alimentá-lo, evitando sua morte), o que, mais uma vez, coloca-nos perante os casos em que se há de fazer uma ponderação para decidir qual dos direitos ou valores terão de ceder perante o outro. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. II - Dignidade e inconstitucionalidade**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 196.

³⁷⁰ MIRANDA, Jorge. **Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2017. p. 227 e 237.

³⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); MAURER, Béatrice ... [et al]. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 31.

O que vemos, portanto, que acontece com a prática da MGF é que, em nome de questões unicamente culturais, das tradições, dos rituais, das crenças, viola-se a dignidade de mulheres e crianças que são submetidas a esta prática. A proteção da dignidade da pessoa humana – exatamente porque esta constitui um aspecto específico da existência humana, ou seja, inerente a todo e qualquer indivíduo simplesmente por pertencer a raça humana – deve prevalecer sobre o direito fundamental à cultura, no momento em que este é desenvolvido de maneira a ferir, diminuir ou limitar a dignidade do indivíduo.

Em sua obra que versa sobre questões de punibilidade da prática da MGF (o chamado ritual do *fanado*, como já mencionado), Augusto Silva Dias, muito pertinentemente, compartilha da opinião de que permitir, sem nenhum tipo de ponderação ou limites, um direito à cultura que justifique a prática da excisão feminina implicaria em coadunar com a lesão irremediável da integridade física – posto que a ablação do clitóris é uma perda irreversível para a mulher – tanto do ponto de vista dos interesses da criança, porque lhe é negado a possibilidade de autodeterminação no futuro, como partindo do princípio de que representa uma discriminação contra as mulheres que afeta seus direitos de livre fruição sexual e, consequentemente, de igualdade de gênero.³⁷²

Acrescenta o autor que “a importância dos valores que estão no outro prato da balança não permite conferir ao direito à cultura tamanha amplitude. De outro modo, direitos tão fundamentais e tão decisivos para o desenvolvimento da pessoa ficariam à mercê de toda a sorte de costumes e de tradições culturais deles lesivas. Isso implicaria, além do mais, que aqueles direitos seriam diferentemente protegidos pelo Estado consoante o gênero e a filiação cultural da pessoa. À criança membro da comunidade praticante da excisão seria negada a igual proteção dos seus direitos à integridade física e ao

³⁷² DIAS, Augusto Silva. **Faz sentido punir o ritual do *Fanado*? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, ano 16, número 2, 2006. p. 216.

desenvolvimento sexual, isto é, seria recusada a protecção jurídica de que beneficiaria se não fosse membro daquela comunidade”.³⁷³

Além disso, importante perceber que o direito à cultura é, ao mesmo tempo, direito individual e direito coletivo, uma vez que pode ser reivindicado tanto pelo indivíduo, enquanto membro integrante do grupo, ou pelo próprio grupo. O direito à cultura, assim como qualquer outro, não é um direito absoluto a ponto de ter de prevalecer sobre todos os outros direitos que com ele colidam. Menos ainda quando esses outros são o direito à integridade física, ao livre desenvolvimento da sexualidade e, até mesmo, ao direito à vida. “Quer na dimensão individual, quer na colectiva, o direito à cultura recua quando o seu exercício põe em causa estes direitos”.³⁷⁴

Dessa maneira, sendo a dignidade compreendida como qualidade irrenunciável, inerente e constituinte da própria pessoa humana, ela deve ser reconhecida, respeitada, protegida e promovida, fazendo com que o direito à cultura não seja capaz de prevalecer diante dos direitos e valores sacrificados pela realização da MGF.

³⁷³ *Idem.*

³⁷⁴ *Idem*, p. 213 e 215.

CAPÍTULO V - RESTRIÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Após comprovação do quanto a prática da MGF fere dignidade da pessoa humana, resta-nos tratar dos aspectos relativos as restrições dos direitos fundamentais, isto é, da fundamentação referente ao fato de se

Não obstante o fato de já se ter comprovado o fato de que a prática da MGF fere dignidade da pessoa humana e do conseqüente dever que tem o Estado em respeitar, proteger e promover a dignidade da pessoa humana, há que se considerar, a partir de agora, a necessidade de fundamentação constitucional para aquilo que se consideram as restrições aos direitos fundamentais, mais especificamente no caso da restrição do direito fundamental à cultura. Será mesmo possível? Será mesmo cabível falar em restrição do direito fundamental à cultura no caso específico da MGF?

É isto que vamos tratar mais pormenorizadamente, a partir de agora, mediante apontamentos de algumas posições doutrinárias e, posteriormente, a ponderação sobre o que se considera mais conveniente para o tratamento das questões jurídicas geradas pela prática da MGF.

1 - NOTAS INTRODUTÓRIAS E CONCEITUAIS

Se olharmos para as primeiras disposições da Constituição portuguesa logo percebemos a maneira muito explícita que o legislador encontrou para reconhecer os direitos fundamentais como um dos seus eixos

estruturais de maneira que os garantisse antes e independentemente de qualquer regulamentação da vida económica e da vida política da sociedade.³⁷⁵

Entretanto, apesar de atribuir este patamar prioritário aos direitos fundamentais, não significa que também atribuiu caráter ilimitado. Ou seja, não é novidade afirmar que os direitos fundamentais não têm caráter absoluto e tampouco são ilimitados. José Carlos Vieira de Andrade afirma que já na época liberal-individualista se entendia que os direitos fundamentais tinham como limite a necessidade de assegurar aos outros o gozo dos mesmos direitos – é o que rezava a letra do artigo 4.^o³⁷⁶ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.³⁷⁷

Ora, se os direitos fundamentais não são ilimitados, certamente que, por vezes, estaremos diante de situações em que um desses direitos deverá ceder para que a concretização de outro direito seja possível. Nesse sentido, entendemos ser inevitável que um direito fundamental, por diversas vezes, deva sofrer restrições para que seja possível a realização de outro direito.

Se olharmos para o caminho percorrido na história constitucional do direito português, a primeira vez que se fala em restrição aos direitos fundamentais é na vigência da Constituição Portuguesa de 1911, que em seu artigo 3.^o, n.^o 38 dispunha o seguinte: “A Constituição garante a portugueses e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes: (...) 38.^o Nenhum dos Poderes do Estado pode, separada ou conjuntamente, suspender a

³⁷⁵ NABAIS, José Casalta. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa. In: NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 61 e 62.

³⁷⁶ O referido artigo 4.^o da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 reza o seguinte: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por Lei”.

³⁷⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.^a Edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2012, p. 263.

Constituição ou restringir os direitos nela consignados, salvo nos casos na mesma taxativamente expressos.”³⁷⁸

Em seguida, a Constituição Portuguesa do ano de 1933, no mesmo caminho da anterior, regula também as restrições aos direitos fundamentais e estabelece em seu artigo 10.º o seguinte: “É vedado aos órgãos da soberania, conjunta ou separadamente, suspender a constituição, ou restringir os direitos nela consignados, salvo os casos na mesma previstos.”³⁷⁹

Entretanto, apesar do instituto das “restrições” de direitos fundamentais já estar presente no ordenamento jurídico constitucional português desde 1911, o que interessa, neste estudo, é o que decorre do texto da Constituição da República Portuguesa de 1976, que especificamente em seu artigo 18.º ³⁸⁰ dispõe sobre o assunto com a maior íntegra até então.

As restrições, que podem ser entendidas como uma das modalidades de intervenção do Estado-legislador a um direito fundamental, podem, ainda, ser conceituadas, segundo as palavras de Alexandrino, como “a acção normativa que afecta desfavoravelmente o conteúdo ou o efeito de protecção de um direito fundamental previamente delimitado”.³⁸¹

Ao olhar para o instituto das “restrições” de direitos fundamentais presentes na vigente Constituição de 1976, é possível pensar nestas como uma modalidade das “afecções” dos direitos fundamentais. José de Melo

³⁷⁸ MIRANDA, Jorge (Org. e Intr.). **As Constituições Portuguesas: De 1822 ao Texto Actual da Constituição**. 4.ª Edição. Lisboa: Livraria Petrony, 1997, p. 210 a 213.

³⁷⁹ *Idem*, p. 273.

³⁸⁰ Reza o referido artigo: **Artigo 18.º (Força Jurídica)**. **1** - Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. **2** - A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. **3** - As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

³⁸¹ ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais: Introdução Geral**. 2.ª Edição. Cascais: Princípia, 2011, p. 123.

Alexandrino entende por “afecções” as “acções que atingem desfavoravelmente a norma, o objecto, o conteúdo ou outros efeitos de protecção de um direito, liberdade e garantia, sendo que estas acções tanto podem provir dos poderes públicos como de privados ou dos próprios titulares dos direitos liberdades e garantias”.³⁸²

Por conseguinte, o resultado será a perturbação ou o prejuízo de um direito fundamental. As afecções refletem um conjunto bastante amplo de hipóteses, as quais podem se integrar em dois grandes grupos, um das afecções “legítimas” e outro das afecções “inconstitucionais”. E são exatamente na seara das afecções legítimas é que se localizam as restrições aos direitos fundamentais.³⁸³

Jorge Reis Novais, por sua vez, categoriza como restrições, de um modo generalizado, toda “acção ou omissão estatal que afecta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental, seja porque se eliminam, reduzem ou dificultam as vias de acesso ao bem nele protegido e as possibilidades da sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental, seja porque se enfraquecem os deveres e obrigações, em sentido lato, que da necessidade da sua garantia e fruição resultam para o Estado”³⁸⁴

Assim, o que se pode compreender pelo posicionamento do referido autor é que considera como restrições quaisquer comportamentos capazes de restringir ou impedir o acesso (ao titular do direito fundamental) a um bem protegido ou que diminuam algumas das obrigações e deveres impostos pelo direito fundamental (quando da perspectiva do Estado).

³⁸² ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais: Introdução Geral**. 2.^a Edição. Cascais: Príncípia, 2011, p. 113.

³⁸³ *Idem*, p. 114 e 115.

³⁸⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 157.

2 - FUNDAMENTOS PARA A RESTRIÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

É importante que se exponha quais são os elementos que legitimam o Estado para restringir direitos fundamentais e, neste sentido, podemos expor o posicionamento de alguns autores.

Para Reis Novais, este fundamento pode ser sustentado através de uma “reserva geral imanente de ponderação”, entendendo a ponderação como “metodologia necessariamente presente em qualquer dogmática constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais nos nossos dias. Especialmente no domínio das restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição (...), o recurso a tal metodologia é inevitável, qualquer que seja o nome que se lhe dê ou o artifício que a encubra.”³⁸⁵.

Isto porque reconhece as normas de direitos fundamentais com a natureza de princípios, dado que, ao contrário das regras, as normas “não fixam um resultado necessário, clara e imediatamente dedutível, já que a solução do caso depende, ainda, de uma indispensável ponderação de razões e princípios de sentido contrário que, do ponto de vista da Constituição, devem ser igualmente atendíveis.”³⁸⁶

Assim, este processo de ponderação torna-se indispensável justamente pelo fato de que, apesar da Constituição já ter decidido o sentido que deve ter a ponderação de bens conflitantes em algumas situações pontuais e tipificadas, é inversamente impossível prever e regular todas as potenciais

³⁸⁵ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 357.

³⁸⁶ *Idem*.

colisões de bens que venham a envolver os direitos fundamentais de alguma maneira.³⁸⁷

Com isso, a denominada “reserva geral imanente de ponderação” expressa um reconhecimento irrecusável de que “os efeitos jurídicos produzidos pelas normas de direitos fundamentais são, independentemente das modalidades concretas de consagração constitucional, condicionados pela necessidade e inevitabilidade da ponderação dos valores e interesses que os direitos fundamentais visam proteger com outros valores, interesses ou princípios igualmente atendíveis no caso e até que podem ser, e são frequentemente, interesses jufundamentalmente protegidos”. Por fim, conclui que o fundamento último da eventual legitimidade das “limitações” introduzidas posteriormente aos direitos fundamentais pelos poderes constituídos mais não são do que a referida reserva geral de ponderação.³⁸⁸

Para Alexandrino – e ao contrário daquilo que se mostra entender Reis Novais – a restringibilidade dos direitos fundamentais não decorre, *a priori*, de uma “reserva geral imanente de ponderação”. Ele entende que a referida restringibilidade não decorre “nem da estrutura das normas (como pretende a teoria dos princípios), nem de uma reserva geral imanente de ponderação (como pretende Jorge Reis Novais), mas talvez antes *da rede de relações e projecções de sentido estabelecida* – por força da Constituição, por força da natureza das coisas, por força da interdependência entre as diversas dimensões da liberdade, por força da inevitável interacção das diversas esferas jurídicas e dos diversos interesses (particulares e da comunidade) na esfera social, por força da necessidade de cooperação social, por força do papel de garante a desempenhar pelo Estado (*Staat als Garant*), enfim, por referência ao valor supremo da Justiça

³⁸⁷ *Idem*, p. 358.

³⁸⁸ *Idem*, p.359.

- entre as diversas “normas de garantia” (ou seja, entre os direitos e entre os direitos e outros bens e interesses)”³⁸⁹

Procede na argumentação de que os direitos, quando devidamente concebidos, “não se resumem a si próprios, já que nasceram em contexto, vivem em contexto e se projectam em contexto. Esse contexto é dado pelas exigências de realização e operação - com a correspondente eficácia (*grundrechtlicher Wirkungsradius*) e redução da eficácia (*Normwirkungsreduktion*) - do conjunto de normas de garantia, a partir da configuração que estas lograram obter no texto constitucional”³⁹⁰.

3 - O CARÁTER RESTRITIVO DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicialmente, cabe mencionar que o “carácter restritivo das restrições”³⁹¹ estrutura-se tendo em vista o regime constitucional geral das restrições a direitos fundamentais resultante do disposto no artigo 18.º, n.ºs 2 e 3 da Constituição da República Portuguesa.

Assim, para Jorge Miranda, o carácter restritivo se consolida mediante algumas determinações: 1) Todas as restrições devem ser fundadas na Constituição, em preceitos ou princípios constitucionais e que se destinem a

³⁸⁹ ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Volume II (a construção dogmática). Coimbra: Almedina, 2006, p. 478 e 479.

³⁹⁰ *Idem*, p. 479 e 480.

³⁹¹ Conforme Jorge Miranda, o “carácter restritivo das restrições” dos direitos fundamentais é uma consequência do próprio Estado de Direito e, por isso, “a sua formulação e até a sua conscientização mostram-se algo tardias, por ele só ganhar sentido à luz da plena força normativa da Constituição. Não é por acaso que, entre nós, só surge com o art. 18.º actual”. MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV - Direitos Fundamentais**. 3.ª Edição revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 337.

salvaguardar direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (conforme o artigo 18.º, n.º 2), referindo-se ao princípio da reserva da Constituição; 2) As leis restritivas devem designar expressamente os direitos em causa e apontar os preceitos ou princípios da Constituição que as legitima; 3) Nenhuma restrição pode ser concretizada a não ser por lei (artigo 18.º, n.º 3), tratando-se do princípio da reserva absoluta de lei juntamente com o mencionado princípio de reserva da Constituição; 4) As restrições somente podem conduzir as finalidades em nome das quais foram estabelecidas; 5) As leis restritivas devem ser inovadoras e não podem ter efeito retroativo; 6) Não pode haver leis restritivas totalmente retroativas como também não pode haver as parcialmente retroativas (ou seja, situações anteriores às leis e ainda não terminadas); 7) As leis não podem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias (artigo 18.º, n.º 3, 2.ª parte); 8) As restrições devem obedecer aos fins em nome dos quais foram estabelecidas ou permitidas; 9) As restrições devem se limitar ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos (artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte), em decorrência do princípio da proporcionalidade como proibição do excesso, 10) Na dúvida, os direitos têm prevalência sobre as restrições; 11) Já em relação à interpretação destas leis, deve ser feita sempre de maneira a nunca se fazer uso da interpretação extensiva e da analogia.³⁹²

No entanto, apesar de reconhecer a importância que cada requisito representa para dar fundamento à restrição de um direito fundamental, é especialmente sobre dois destes requisitos que se pretende, a partir de agora, demonstrar algumas das possíveis controvérsias existentes. São eles, os requisitos – na sistemática aqui organizada – de n.º 1) a exigência de fundamentação constitucional e de n.º 7) a garantia do conteúdo essencial.

³⁹² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV - Direitos Fundamentais**. 3.ª Edição revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 338 a 340.

Dando início, portanto, ao requisito sobre a exigência da autorização constitucional expressa, contida na primeira parte do n.º 2 do artigo 18.º da Constituição portuguesa, sustenta Vieira de Andrade que existem duas modalidades de preceitos constitucionais que devem ser levados em consideração: primeiro, aqueles em que “a Constituição autorizou a lei ordinária a restringir determinados direitos em alguns aspetos ou para determinadas finalidades, ou então atribuiu-lhe expressamente uma competência de regulação geral da matéria que pode ser interpretada como incluindo poderes de restrição³⁹³” e segundo, os “preceitos constitucionais³⁹⁴ que não preveem expressamente quaisquer restrições legislativas”.³⁹⁵

Assim, o autor entende que não se deve admitir a intervenção legislativa a preceitos constitucionais que não sejam dotados de limites explícitos *a priori*, uma vez que seria como defraudar a força da própria Constituição no que diz respeito à necessidade de autorização expressa da restrição, estabelecido no artigo 18.º, n.º 2.³⁹⁶

De maneira não muito diferente, Manuel Afonso Vaz acredita que deve o legislador sempre procurar na Constituição o fundamento concreto para o exercício da sua competência de restrição.³⁹⁷ Alexandrino, por sua vez, comenta que a concepção de Manuel Afonso Vaz e a de Vieira de Andrade “se se aproximam na intenção de levar a sério essa proibição, divergem profundamente no resultado final: ao passo que a primeira proscreve quaisquer outras

³⁹³ Neste caso em que as restrições são expressamente previstas, o autor utiliza como exemplo os direitos à cidadania e à capacidade civil (artigo 26.º, n.º 4), os direitos à inviolabilidade do domicílio e da correspondência (artigo 34.º, n.ºs 2, 3 e 4), o direito a contrair casamento (artigo 36.º, n.º 2), dentre outros.

³⁹⁴ Aqui, o autor usa como exemplos práticos aqueles preceitos constitucionais relativos ao direito à vida, à integridade pessoal e outros direitos pessoais (artigos 24.º a 26.º), às liberdades de criação cultural (artigo 42.º), de aprender e de ensinar (artigo 43.º), aos direitos de deslocação e emigração (artigo 44.º) e de reunião e manifestação (artigo 45.º).

³⁹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.ª Edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2012, p. 277.

³⁹⁶ *Idem*, p. 280 e 281.

³⁹⁷ VAZ, Manuel Afonso. **Lei e reserva da lei: A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976**. Porto: Universidade Católica Lusitana, 1992, p. 324, 331 e 332.

intervenções legislativas que não sejam as leis restritivas, a segunda consente amplamente em intervenções legislativas limitadoras (ou seja, que afectam o âmbito normativo previamente delimitado ou o conteúdo ideal de um direito, liberdade e garantia, para o qual a Constituição não tenha previsto a possibilidade de restrição expressa).³⁹⁸

Ainda no que relaciona ao requisito em análise, parece-nos que faz mais sentido coadunar com o entendimento de Reis Novais, o qual opta por aderir a um posicionamento em extrema oposição aos dois autores supramencionados, uma vez que opta pela irrelevância deste requisito constitucional do artigo 18.º, n.º 2. Assim, por entender que “sendo inevitável a restrição de direitos fundamentais constitucionalmente consagrados sem reservas – pela própria natureza das coisas que resulta da vocação estrutural dos direitos fundamentais para entrar em colisão com os mesmos ou outros direitos fundamentais – a afirmação constitucional da sua irrestringibilidade não pode pretender uma força normativa correspondente ao sentido literal do enunciado”.³⁹⁹

Então, em não ser necessário cumprir em sentido literal o enunciado no texto constitucional, haverá que atribuir-lhe, ao menos, um único sentido útil, qual seja “o de um especial apelo ou advertência dirigido aos poderes constituídos no sentido do reforço da enunciação do carácter excepcional e sempre carente de justificação de qualquer restrição da liberdade em Estado de Direito”.⁴⁰⁰

Assim, concordamos com Reis Novais – que o faz de forma fundamentada também por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional – o qual reconhece que basta que uma restrição se baseie na busca de um interesse

³⁹⁸ ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Volume II (a construção dogmática). Coimbra: Almedina, 2006, p. 444 e 445.

³⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 586.

⁴⁰⁰ *Idem*, p. 596.

com valor constitucional para que se considere constitucionalmente prevista e, portanto, os direitos fundamentais podem ser restringidos mesmo que esta restrição não esteja expressamente prevista na Constituição (ou seja, no artigo 18.º, n.º 2).⁴⁰¹

Ou seja, não se pode negar as infundáveis circunstâncias da vida real que podem dar causa à conflitos entre direitos que sejam constitucionalmente protegidos. Seria, de fato, impossível que a Constituição previsse todas as infundáveis situações do cotidiano que poderiam dar causa ou não às restrições aos direitos fundamentais. Uma vez que nenhum direito fundamental tem caráter absoluto, todos eles devem ser passíveis de sofrer limitações por outros direitos ou bens que também sejam constitucionalmente amparados.

Passamos, assim, para a verificação do outro requisito, o qual diz respeito à garantia do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais, que, segundo Jorge Miranda é dos trabalhos mais árduos e melindrosos.⁴⁰²

Vieira de Andrade concebe o limite absoluto do n.º 3 do artigo 18.º como a dignidade da pessoa humana, uma vez que esta representa a base dos direitos fundamentais e o princípio da sua unidade material. Toma a dignidade humana, portanto, como limite absoluto ao poder de restrição, fundamentando o fato de que esta dignidade vem para confirmar positivamente “um princípio geral de direito que já devia, em nosso entender, ser visto como limite da atuação dos poderes constituídos”.⁴⁰³

Além disso, acrescenta que a proteção conferida por este limite absoluto garante – nos casos em que há “anulação” do direito – que essa restrição

⁴⁰¹ *Idem*, p. 598.

⁴⁰² MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 3.ª Edição revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 338 a 340.

⁴⁰³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.ª Edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2012, p. 284 e 285.

nunca seja absoluta, ou seja, nunca poderá ser ilimitada no tempo e nunca poderá abranger todos os domínios da vida.⁴⁰⁴

Manuel Afonso Vaz, por sua vez, mas de forma semelhante, sustenta que a imposição de proibição de extrapolar o conteúdo essencial dos preceitos constitucionais é autônoma no que tange à necessidade e à proporcionalidade, posto que significa “um limite absoluto à possibilidade conciliatória do intérprete, pois, por maior necessidade que haja, não pode o intérprete deixar de assegurar um mínimo efectivo de expressão do direito”⁴⁰⁵

Para Reis Novais, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais é vista enquanto “limite aos limites”⁴⁰⁶, ou seja, a restrição que é capaz de limitar os direitos fundamentais também não é absoluta, ou seja, também é limitável e daí a ideia de “limite aos limites”. Para este autor, “a garantia do conteúdo essencial se identifica com o princípio da proibição do excesso num quadro de ponderação de bens. Na medida em que faz parte da essência dos direitos fundamentais a qualidade de só poderem ser restringidos quando tal seja exigido pela prossecução de um outro bem mais valioso e sempre de forma excessiva, a violação do princípio da proibição do excesso seria simultaneamente violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Esta garantia teria, assim, uma função meramente declarativa da excepcionalidade da restrição em Estado de Direito e dos princípios gerais nele aplicáveis à limitação dos direitos fundamentais”⁴⁰⁷.

Ora, se a restrição aos direitos fundamentais não pode ser desproporcional, nem tampouco ilimitada, pode-se dizer que a garantia do conteúdo essencial serve como a limitação necessária para que não haja uma desproporcionalidade na medida de restrição. Assim, o que se deve ter em mente

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 286.

⁴⁰⁵ VAZ, Manuel Afonso. **Lei e reserva da lei: A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976**. Porto: Universidade Católica Lusitana, 1992, p. 329.

⁴⁰⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 779 e ss.

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 781 e 782.

é que sempre haverá um conteúdo mínimo dentro de cada direito que deverá ser preservado, qual seja, o chamado conteúdo essencial.

Nada mais justo que este conteúdo essencial seja, então, aquela parte que se preenche pela dignidade da pessoa humana, valor supremo, pilar do Estado de Direito e base dos direitos fundamentais. Não há como conceber uma restrição que afete a dignidade da pessoa humana de qualquer direito, porque, ao chegar nesse ponto, já não estaremos perante uma restrição, mas sim perante a preferência absoluta de um direito sobre o outro. Quando o núcleo principal – a dignidade da pessoa humana – de um direito for suprimido, então é porque nem ao menos o seu conteúdo essencial foi garantido, não se podendo falar em restrição de direito, mas sim da sua supressão.⁴⁰⁸

Tomar por base este entendimento é importante, no contexto do presente trabalho, uma vez que veremos que nos desdobramentos de uma prática culturalmente motivada – aqui representada pela prática da Mutilação Genital Feminina – é possível falar-se nesta tal supressão de um direito a favor de outros direitos ou valores também constitucionalmente protegidos.

4 - OS TIPOS DE RESTRIÇÕES CONSTITUCIONALMENTE ACEITÁVEIS

De maneira muito pertinente e elucidativa – pelo menos no que toca ao âmbito deste trabalho – Vieira de Andrade ensina que existem três tipos de limites: Os limites imanentes, os limites que são exercidos pelas leis restritivas e,

⁴⁰⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.^a Edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2012, p. 267 e 268.

por último, os limites resultantes das colisões ou conflitos de direitos.⁴⁰⁹ É o que passaremos a ver mais detalhadamente.

Os limites imanentes são aqueles em que se “deve admitir uma interpretação das normas constitucionais que permita restringir *à partida* o âmbito de proteção da norma que prevê o direito fundamental, excluindo os conteúdos que possam considerar-se *de plano* constitucionalmente inadmissíveis, mesmo quando não estão expressamente ressalvados na definição textual do direito”.⁴¹⁰

Pelos limites imanentes, afirma-se uma certa vantagem prática, ou seja, sendo o conflito de direitos apenas aparente, não tem sentido fazer qualquer ponderação, uma vez que estaremos perante um comportamento que não pode, em qualquer caso, julgar-se constitucionalmente protegido. Assim, não existindo, *à partida*, um dos direitos, a solução somente pode ser a afirmação total do outro.⁴¹¹

Estes limites, também chamados de intrínsecos, funcionam como uma espécie de “fronteiras definidas pela própria Constituição” destinada aos direitos fundamentais. Por isso, entende-se que estes limites podem ser encarados num duplo sentido: como “limites do objecto” ou como “limites de conteúdo”.⁴¹²

Os limites do objeto, dotados de um sentido material, indicam o âmbito ou domínio abrangido do direito, ou seja, as especificidades relativas ao bem jurídico que cada direito fundamental visa proteger, como por exemplo a propriedade, a profissão, a fé religiosa, a expressão, dentre outros.⁴¹³

⁴⁰⁹ *Idem*, p. 267 e ss.

⁴¹⁰ *Idem*, p. 267.

⁴¹¹ *Idem*, p. 267 e 268.

⁴¹² *Idem*, p. 271 e 272.

⁴¹³ *Idem*, p. 272.

Sob outra perspectiva, e agora num sentido jurídico, os limites de conteúdo servem para determinar o conteúdo protegido, uma vez que a proteção constitucional não é capaz de abarcar todas as situações possíveis e imagináveis de formas de exercício dos direitos fundamentais. Nesse sentido é que Vieira de Andrade utiliza-se de exemplos práticos, isto é, se teria sentido invocar certos direitos para legitimar outros. Teria sentido invocar a liberdade religiosa para efetuar sacrifícios humanos? Ou invocar a liberdade artística para legitimar a morte de um ator no palco?⁴¹⁴ E quanto a invocar o direito à cultura para legitimar mutilações nos genitais das mulheres? É óbvio que, em caso algum, a Constituição, para proteger especificamente um certo direito, deve legitimar situações extremas e absurdas como estas citadas.

O segundo tipo indicado por Vieira de Andrade diz respeito aos limites exercidos pelas leis restritivas, isto é, os casos de restrição legislativa que a Constituição determina no seu artigo 18.º e que representa a intervenção normativa legislativa dos poderes públicos para proteção de valores constitucionais.⁴¹⁵

E, por último, trata-se também dos limites resultantes das colisões ou conflitos de direitos, que são consideradas situações inevitáveis e típicas do sistema, e que se tornam cada vez mais frequentes “em face do alargamento doutrinal e jurisprudencial do âmbito e da intensidade de proteção dos direitos fundamentais”.⁴¹⁶ As questões que envolvem colisão e conflitos implicam uma limitação recíproca dos direitos e valores em colisão ou em conflito, podendo surgir em abstrato, ao nível legislativo, quando o preceito constitucional não tenha previsto qualquer restrição para um estabelecido direito ou se torne necessário ir além das restrições legislativas estipuladas, assim como nos casos em que a Constituição preveja valores estruturalmente incompatíveis.⁴¹⁷

⁴¹⁴ *Idem*, p. 272 e 273.

⁴¹⁵ *Idem*, p. 269 a 271.

⁴¹⁶ *Idem*, p. 298.

⁴¹⁷ *Idem*, p. 265.

O autor entende, assim, que haverá colisão ou conflito todas as vezes em que, numa determinada situação concreta, se compreenda que a Constituição protege, simultaneamente, dois valores ou bens em contradição. Acontece que, alerta-se que os casos de colisão ou conflito não devem ser confundidos com os dos limites imanentes, uma vez que nestes há sempre a preferência absoluta de um direito e o sacrifício total de outro. Já relativamente aos casos de colisão ou conflito a solução passa por respeitar a proteção constitucional dos diversos direitos ou valores, “procurando as soluções no quadro da unidade da Constituição, isto é, tentando harmonizar da melhor maneira os preceitos divergentes, em função das circunstâncias concretas em que se põe o problema”.⁴¹⁸

Esta tal harmonização dos preceitos nada mais é do que a representação do consagrado “princípio da harmonização ou da concordância prática”, enquanto critério de solução dos conflitos. Dessa forma, a aceitação deste princípio pressupõe que o conflito entre direitos nunca deixe afetar o tal conteúdo essencial de nenhum dos direitos em questão. Mas se, entretanto, um desses direitos em conflito é afetado em seu conteúdo essencial, então significa que estaremos diante de uma situação de limites imanentes. Isto porque, “não é possível, sob pena de falta de unidade ou de coerência constitucional, que possam colidir os conteúdos essenciais de dois direitos (ou de dois valores)”.⁴¹⁹

José Casalta Nabais, em consonância com Vieira de Andrade, diversifica as intervenções legislativas como forma de restrição de direitos fundamentais das chamadas “concretizações dos limites imanentes”, uma vez que estas não constituem verdadeiras intervenções. Para este autor, as meras concretizações de limites imanentes aos direitos, liberdades e garantias, compete aos operadores do direito enquanto aplicadores dos respectivos preceitos

⁴¹⁸ *Idem*, p. 299 a 300.

⁴¹⁹ *Idem*, p. 301 e 302.

constitucionais (assim como dispõe o n.º 1 do artigo 18.º da Constituição portuguesa).⁴²⁰

Apesar do que dispõe o artigo 18.º, n.º 2, no que se refere à necessidade de previsão legal que justifique a restrição de um direito fundamental, nos casos em que se verifique a concretização dos limites imanentes é plausível que se possibilite ao aplicador do direito a verificação em cada caso concreto sobre a existência destes limites imanentes (“ou delimitações do âmbito máximo de proteção”⁴²¹).

Canotilho e Vital Moreira acordam que, havendo colisão entre direitos, mas quando a lei não demonstra limites expressamente previstos ou mencionados na Constituição, então é porque estamos diante de “restrições não expressamente autorizadas pela Constituição”. São limites depreendidos de forma implícita no texto da lei, ou seja, os chamados “limites imanentes”.⁴²²

5 - OS LIMITES IMANENTES E A INVOCACÃO DO DIREITO À CULTURA NO CASO DA PRÁTICA DA MUTILAÇÃO GENITAL FEMININA

Após percorrer um caminho pela doutrina e expor os entendimentos de alguns autores sobre os desdobramentos das restrições aos direitos fundamentais, o que se pretende, neste momento, é ponderar sobre o

⁴²⁰ NABAIS, José Casalta. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa. In: NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade - Estudos sobre direitos e deveres fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 69.

⁴²¹ *Idem*.

⁴²² CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4.ª Edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, volume I, 2007, p. 389.

assunto no caso concreto trazido pelo presente trabalho, a Mutilação Genital Feminina.

O que nos resta explicar, portanto, são os motivos que levam a concluir que – no caso em análise: direito à cultura *versus* direito à integridade física⁴²³ – este não seja um caso de conflito entre direitos e valores constitucionais nem de colisões de direitos.

Em questão anteriormente levantada, questionou-se: terá sentido invocar o direito à cultura para legitimar mutilações nos genitais das mulheres? E em concordância com o pensamento de Vieira de Andrade⁴²⁴, chega-se ao entendimento de que não estamos propriamente diante de uma situação de conflito entre o direito invocado (direito à cultura) e outros direitos ou valores (direito à integridade física). Neste caso, quando a Constituição prevê o direito fundamental à cultura, não protege esta forma específica de exercício do direito, ou seja, não há nenhuma ressalva na previsão constitucional do direito à cultura que proíba que seja exercido mediante a mutilação do corpo humano.

Ora, se não estamos diante de uma situação de conflito e nem de colisão de direitos, então a solução somente poderá se apoiar no fato de que o direito invocado não existe dentro desta situação.⁴²⁵ Consequentemente, concordamos com a existência de limites imanes capazes de retirar do direito fundamental à cultura qualquer modo de exercício capaz de macular a sua própria existência.

⁴²³ Fala-se, aqui, do direito à integridade física de forma generalizada, mas há que se ter sempre em vista que este direito também compreende a integridade psicológica, o direito à saúde, o direito à vida e os direitos das mulheres em geral.

⁴²⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.^a Edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2012, p. 274.

⁴²⁵ Vieira de Andrade assim entende e complementa: “Pelo contrário, havendo conflito, tal significaria a existência de um direito em face de outros direitos ou de outros valores (deveres) e a solução não poderia nunca ignorar o direito invocado”. Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.^a Edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2012, p. 274.

É impensável considerar que a Constituição, na tentativa de garantir o direito fundamental à cultura, quis deixar em aberto a possibilidade de exercer este direito mediante a afetação de um outro direito fundamental, o da integridade física. Por esse motivo, preferimos acreditar que no momento em que o texto constitucional prevê o direito à cultura, ele também prevê, de maneira implícita, que este não poderá ser invocado mediante à mutilação das genitais femininas.

Dessa forma, evita-se uma situação de conflito de direitos – o conflito é apenas aparente – pois, uma vez mais usando das palavras de Vieira de Andrade⁴²⁶, não faz sentido falar em ponderação entre dois valores se estamos diante de um comportamento que não pode, em caso algum, considerar-se protegido constitucionalmente (o direito à cultura como fundamento para a prática da Mutilação Genital Feminina). Isto nos leva, conseqüentemente, de encontro com os limites imanescentes dos direitos fundamentais, que nada mais são do que as “fronteiras definidas pela própria Constituição”⁴²⁷.

Não obstante, Jorge Miranda apesar de ponderar sobre a dificuldade em aceitar a existência de restrições implícitas, as quais se derivam da necessidade de salvaguardar “outros direitos e interesses constitucionalmente protegidos” (artigo 18.º, n.º 2, 2.ª parte) e que são “fundadas não já em preceitos, mas sim em princípios constitucionais” faz um importante alerta para que estas restrições sejam consideradas com extremo cuidado para evitar que, “a pretexto de visões demasiado subjetivas ou ideológicas com elas conexas, se vulnere a ordem constitucional dos direitos, liberdades e garantias”. Acrescenta, ainda, que as restrições aos direitos fundamentais, sejam elas implícitas ou explícitas,

⁴²⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.ª Edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2012, p. 267 e 268.

⁴²⁷ Idem, p. 271.

somente podem ter espaço a partir de uma correta, objetiva e sistemática interpretação da Constituição.⁴²⁸

No caso da Mutilação Genital Feminina, não há como negar que estas considerações foram feitas de forma mais do que acertadas, até porque, como já foi visto em momento oportuno, esta prática culturalmente motivada foi introduzida como crime no Código Penal Português desde o ano de 2015.

Agora sim, o que nos resta compreender é o porquê do título deste capítulo ser referente à *restrição* do direito fundamental à cultura e não à sua *extinção*, no caso da Mutilação Genital Feminina. Ora, o que se defende, aqui, não é a supressão do direito à cultura, não é tolher o direito ao exercício de uma cultura milenar na sua totalidade, mas sim apelar pela exclusão da parte que macula totalmente esta forma de expressão cultural. A mutilação do corpo da mulher, em nenhum momento pode ser visto como arma fundamental para concretização de direitos culturais ou de liberdades culturais ou, mesmo, da livre capacidade de autodeterminação do ser humano.

Como já explicitado, a prática da Mutilação Genital Feminina está contida em um ritual de iniciação, no qual jovens são preparados para a vida adulta. O que se pretende demonstrar, principalmente, é que até o momento em que este ritual não envolva a mutilação, nada tem que se falar em restrição do direito fundamental. A Constituição, quando prevê o direito à cultura pretende justamente é garantir que todos os indivíduos possam se autodeterminar mediante suas crenças, seus costumes e suas tradições. O que não é razoável é permitir que isto aconteça de maneira a ferir a dignidade da pessoa humana por meio da supressão dos direitos à integridade física, à saúde e à vida de mulheres e crianças.

⁴²⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV - Direitos Fundamentais**. 3.^a Edição revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 332 e 333.

CONCLUSÃO

No mundo de hoje sabemos que é impossível pensar no Direito como uma matéria em apartado, uma ciência avulsa. É por isso que, antes mesmo de se entrar no foco principal do trabalho, procurou-se introduzir histórica e conceitualmente o assunto relacionado com a cultura para, posteriormente, demonstrar como ela começou a ser vista desde o início no nosso ordenamento jurídico constitucional, passando a estudar como o assunto é tratado pelo Direito Constitucional moderno.

Nesta última parte, que constitui foco principal do trabalho, procurou-se um destaque maior sob o Direito Constitucional português, uma vez que o caso concreto com que se trabalha, a Mutilação Genital Feminina, representa um problema atual e recorrente no país, território que abriga muitos imigrantes – os quais trazem para Portugal uma bagagem cultural que, por sua vez, pode representar a realização de práticas culturalmente motivadas não permitidas neste território e que não se coadunam com princípios estruturantes do nosso Estado de Direito, nomeadamente a dignidade da pessoa humana – que posteriormente vem a ser decisora na seara das restrições ao direito fundamental à cultura.

No caso da MGF, aqui considerado como um tipo de prática motivada por valores culturais, o que se verifica é a percepção de que, de um lado temos o direito fundamental à cultura e, do outro, o direito à integridade física, à saúde, à vida, à capacidade de fruição sexual e de autodeterminação futura de mulheres e crianças que são submetidas à excisão clitoriana. E, mais do que isso, conseguir perceber que um desses direitos deve permanecer e porque isso acontece.

Assim, após passar por um caminho em que se pôde ressaltar a importância da cultura e do direito à cultura (ou do direito a ter e poder

desenvolver a própria cultura), procurou-se demonstrar, em consequência, o que ele significa no contexto do Estado Democrático de Direito em que vivemos e quais os seus limites. Nesse sentido é que toma-se por base a dignidade da pessoa humana, pilar estruturante do nosso Estado de Direito.

A dignidade da pessoa humana possui, portanto, um caráter dúplice, que se vincula tanto por uma posição particular e individual, ou seja, pela autonomia de cada pessoa e sua autodeterminação, mas também funciona como algo capaz de ser entendido pelo âmbito social, que requer respeito e proteção por parte da comunidade e do Estado, principalmente nos casos em que estamos diante de uma redução ou da ausência dessa capacidade – como acontece no caso das crianças que são submetidas à MGF.

Em consequência disto, nos deparamos com uma potencial restrição do direito fundamental à cultura em face dos direitos à integridade física, à saúde e à vida⁴²⁹ de mulheres e crianças, perante o caso da MGF. Isto significa dizer, na prática, que quando estamos diante de um caso concreto de MGF, ou seja, uma situação de máxima gravidade e de evidente violação de direitos humanos e fundamentais, torna-se intolerável a não restrição do direito fundamental à cultura para salvaguardar outros direitos também fundamentais e, conseqüentemente, a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, após os caminhos doutrinários percorridos, chegou-se a uma dupla conclusão no que diz respeito ao caso concreto em análise:

Primeiro – e no que diz respeito ao direito à cultura *versus* direito à integridade física⁴³⁰ – não estamos propriamente perante um caso de conflito entre direitos e valores constitucionais e tampouco de colisões de direitos. Neste

⁴²⁹ Para além de todos os outros direitos e valores que estes englobam.

⁴³⁰ E mais uma vez, aqui, trata-se do direito à integridade física de forma generalizada, mas tendo em vista se protege a integridade psicológica, o direito à saúde, o direito à vida e os direitos das mulheres em geral.

caso o que se verifica é a existência de limites imanentes dos direitos fundamentais, tal e qual defendido por Vieira de Andrade.

Efetivamente, os limites imanentes dos direitos fundamentais permite-nos, de maneira muito mais eficaz, enxergar as fronteiras intrínsecas da própria Constituição, sendo inconcebível a ideia de que esta, ao garantir o direito fundamental à cultura, permita que sua invocação seja feita para justificar a Mutilação Genital Feminina. O que nos leva ao entendimento de que o conflito de direitos, neste caso, é apenas aparente e não faz sentido falar em ponderação, uma vez que estamos diante de uma prática que, em caso algum, seria permitida ou tolerada pela Constituição – a prática da mutilação do corpo feminino.

Segundo – e agora no que diz respeito à restrição do direito fundamental à cultura – é porque o objetivo, aqui, é apenas eliminar aquilo que macula uma prática cultural deste gênero, ou seja, a concretização dos cortes nos genitais femininos (a Mutilação Genital Feminina propriamente dita). Os chamados rituais de iniciação (nos quais são realizados a MGF), praticados por muitas comunidades, incluem ensinamentos sobre a vida adulta prestados à meninos e meninas pertencentes àquelas comunidades e corroboram uma tradição a qual não se pretende a total extinção, mas sim a eliminação ou a restrição daquela parte que afeta diretamente os direitos à integridade física, à saúde, à vida, à capacidade de fruição sexual e de autodeterminação futura de mulheres e crianças submetidas à prática.

Não é razoável, considerar o corpo da mulher como artifício de concretização de direitos culturais, mesmo diante do contexto multicultural em que vivemos, pois, antes disso, subsiste o papel crucial do Estado na prossecução da dignidade da pessoa humana, seja mediante o seu respeito, a sua proteção ou promoção.

BIBLIOGRAFIA

ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Volume I (raízes e contexto). Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**. Volume II (a construção dogmática). Coimbra: Almedina, 2006.

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais: Introdução Geral**. 2.^a Edição. Cascais: Princípiã, 2011.

ALEXANDRINO, José Melo. **O discurso dos direitos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. Comentário ao artigo 23, inciso V. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

Amnesty International. Disponível em: <<https://www.amnesty.org/en/>>. Acesso em 24 de outubro de 2018.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5.^a Edição. Coimbra: Ed. Almedina, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no Direito Constitucional contemporâneo: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <<file:///C:/Users/Samsung/Dropbox/Tese/dig.pess.hum%20Luis%20R%20Barroso.pdf>>. Acesso em: 28 de outubro de 2018.

BASSO, Maristela. Comentário ao artigo 5º, inciso XXVII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

BRANCO, Sofia. **Cicatrizes de mulher**. Lisboa: Público, 2006.

BRITO, Wladimir. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. 4.^a Edição revista. Coimbra: Coimbra Editora, volume I, 2007.

CHAUI, Marilena. **Cultura e democracia**. In: Crítica y emancipación : Revista latinoamericana de Ciencias Sociales. Año 1, no. 1 (jun. 2008). Buenos Aires : CLACSO, 2008. Disponível em <<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/ar/libros/secret/CyE/cye3S2a.pdf>>. Acesso em: 16 de abril de 2018.

Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

Constituição Da República Dos Estados Unidos Do Brasil, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/Constituicao/Constituicao67.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

Constituição dos Estados Unidos do Brasil, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

Constituição Política do Império do Brasil, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 26 de julho de 2018.

Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica (Convenção de Istambul). Disponível em: <<https://rm.coe.int/168046253d>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres. Disponível em: <<http://plataformamulheres.org.pt/docs/PPDM-CEDAW-pt.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais. Disponível em: <<http://www.iber museus.org/wp-content/uploads/2014/07/convencao-sobre-a-diversidade-das-expressoes-culturais-unesco-2005.pdf>>. Acesso em 19 de setembro de 2018.

Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: <https://www.unicef.pt/media/1206/0-convencao_direitos_crianca2004.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

Council of Europe. Disponível em: <<https://www.coe.int/pt/web/about-us/who-we-are>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

CUNHA FILHO, Francisco Humberto; BOTELHO, Isaura; SEVERINO, José Roberto (org.). **Direitos culturais.** vol 1. Salvador: EDUFBA Editora, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/26054/1/DireitosCulturais_CulturaPensamento-EDUFBA-2018.pdf>. Acesso em: 20 de novembro de 2018.

CUNHA, MANUELA IVONE. **Gênero, cultura e justiça: A propósito dos cortes genitais femininos.** Revista Análise Social. Lisboa: Instituto de Ciências Sociais da Universidade de Lisboa, volume 48, número 209, 2013.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<https://dre.pt/declaracao-universal-dos-direitos-humanos#17>>. Acesso em: 11 de setembro de 2018.

Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0012/001271/127160por.pdf>>. Acesso em: 21 de abril de 2018.

DIAS, Augusto Silva. **A responsabilidade criminal do “outro”: os crimes culturalmente motivados e a necessidade de uma hermenêutica intercultural.** Revista Julgar. Lisboa: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, número 25, 2015.

DIAS, Augusto Silva. Acidentalmente dementes? Emoções e culpa nas sociedades multiculturais. In: PALMA, Maria Fernanda; DIAS, Augusto Silva; MENDES, Paulo de Sousa (Coords.). **Emoções e Crime. Filosofia, Ciência, Arte e Direito Penal.** Coimbra: Almedina, 2013.

DIAS, Augusto Silva. **Faz sentido punir o ritual do *Fanado*? Reflexões sobre a punibilidade da excisão clitoridiana.** Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra: Coimbra Editora, ano 16, número 2, 2006.

Eliminação da Mutilação Genital Feminina: Declaração Conjunta. OHCHR, ONUSIDA, PNUD, UNECA, UNESCO, UNFPA, ACNUR, UNICEF, UNIFEM, OMS. 2009. Disponível em: <<http://www.who.int/eportuguese/publications/mutilacao.pdf>>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

Emenda Constitucional nº 1, 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior_1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 30 de julho de 2018.

FILHO, Carlos Frederico Marés de Souza. Comentário ao artigo 231. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GIL, Ana Rita. **Imigração e direitos humanos.** Lisboa: Petrony, 2017.

HÄBERLE, Peter. **A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal.** trad. Ingo Wolfgang Sarlet e Pedro Scherer de Mello Aleixo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); MAURER, Béatrice ... [et al]. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HÄBERLE, Peter. **Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura.** Tradução castelhana de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000.

II Plano Nacional contra a Violência Doméstica (2003 - 2006). Disponível em: <<http://www.violencia.online.pt/artigos/show.htm?idartigo=338>>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

II Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina. Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/II_Programa_Accao_Mutilacao_Genital_Feminina.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

III Plano Nacional para a Igualdade, Cidadania e Género (2007 - 2010). Disponível para consulta em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/III_Plano_Nacional_Igualdade_Cidadania_Genero.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

III Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina (2014 - 2017). Disponível em: <<https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2017/07/Relat%C3%B3rio-Intercalar-de-Execu%C3%A7%C3%A3o-do-III-PAPEMGF-2016.pdf>>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

IV Plano Nacional para a Igualdade - Género, Cidadania e Não Discriminação (2011 - 2013). Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2014/02/2011_5_RCM.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

KYMLICKA, Will. **Ciudadanía Multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías.** Barcelona: Piadós, 1996. Disponível em: <<http://www.bivica.org/upload/ciudadania-multicultural.pdf>>. Acesso em: 30 de abril de 2018.

LEMOS, Bruno Espiñeira. **Direitos Fundamentais: Direito comparado e as Constituições Brasileiras, Efetivação em precedentes do Superior Tribunal de Justiça.** Brasília: Fortium, 2007.

LOPES, Ana Maria D´Ávila. **Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo.** Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/160330/Prote%C3%A7%C3%A3o_constitucional_direitos_177.pdf?sequence=2>. Acesso em: 11 de abril de 2018.

MACEDO, Sílvio (coord.). **A Constituição de 1976 - Comentada e Ilustrada.** Guimarães: Livraria Ideal, 2007.

MACHADO, Joana Fernandes. **Democracia e Direitos Fundamentais Sociais: a necessária convivência no Estado Democrático e Social de Direito**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Lisboa: Coimbra Editora, 2011, volume LII, números 1 e 2, 2011.

MALISKA, Marcos Augusto. Comentário ao artigo 4º, parágrafo único. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MARTINGO, Carla. **O corte dos genitais femininos em Portugal: O caso das Guineenses – Estudo Exploratório**. Lisboa: Alto-Comissariado Para a Imigração e Diálogo Intercultural, 2009. Disponível em: <http://iaia.umarfeminismos.org/images/bibliografia/docs/Corte_dos_Genitais_Femininos__Carla_Martingo.pdf>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

MAURER, Béatrice. **Notas sobre o respeito da dignidade da pessoa humana... ou pequena fuga incompleta em torno de um tema central**. trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); MAURER, Béatrice ... [et al]. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MIRANDA, Jorge (Coord). **As Constituições Portuguesas**. 6.ed. Cascais: Princípia, 2013.

MIRANDA, Jorge (Org. e Intr.). **As Constituições Portuguesas: De 1822 ao Texto Actual da Constituição**. 4.ª Edição. Lisboa: Livraria Petrony, 1997.

MIRANDA, Jorge. **A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de Direitos Fundamentais**. In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Martim de Albuquerque. Vol. 1. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2010.

MIRANDA, Jorge. **Direitos do Homem – Principais Textos Internacionais**. 2.ed. Lisboa: Petrony, 1989.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo III – Estrutura Constitucional do Estado**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais**. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – Direitos Fundamentais**. 3.^a Edição revista e actualizada. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo V – Atividade Constitucional do Estado**. Vol. III. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Tomo VII – Estrutura Constitucional da Democracia**. Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

MIRANDA, Jorge. **Notas sobre Cultura, Constituição e Direitos Culturais**. In: GOMES, Carla Amado; RAMOS, José Luís Bonifácio (Coords.). **Direito da Cultura e do Patrimônio Cultural**. Lisboa: AAFDL, 2011.

MIRANDA, Jorge. **O património cultural e a Constituição – tópicos**. In: **Direito do Patrimônio Cultural**. Oeiras: INA, 1996.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. **Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

MOLINARO, Carlos Alberto; DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. **Comentário ao artigo 215**. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MONTE, Mário Ferreira. **Mutilação Genital, Perseguição (Stalking) e Casamento Forçado: Novos Tempos, Novos Crimes – Comentários à margem da Lei 83/2015, de 5 de agosto.** Revista Julgar. Lisboa: Associação Sindical dos Juízes Portugueses, número 28, 2016.

MORAES, Maria Celina Bodin de; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. Comentário ao artigo 227. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

NABAIS, José Casalta. Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa. In: NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade – Estudos sobre direitos e deveres fundamentais.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NETO, Jayme Weingartner. Comentário ao artigo 5º, inciso VI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. I – Dignidade e direitos fundamentais.** Coimbra: Almedina, 2015.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana. Vol. II – Dignidade e inconstitucionalidade.** Coimbra: Almedina, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição.** Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma Teoria do Estado de Direito.** Coimbra: Almedina, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional.** Lisboa: AAFDL, 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011 (reimpressão).

ONU News. Disponível em:
<<https://news.un.org/pt/audio/2011/07/1010301>>. Acesso em: 02 de outubro de 2018.

OTERO, Paulo. **Instituições Políticas e Constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007. Volume 1.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em:

<http://www.dge.mec.pt/sites/default/files/ECidadania/educacao_para_a_Defesa_a_Seguranca_e_a_Paz/documentos/pacto_internacional_sobre_direitos_economicos_sociais_culturais.pdf>. Acesso em: 19 de setembro de 2018.

Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos. Disponível em:
<http://www.cne.pt/sites/default/files/dl/2_pacto_direitos_civis_politicos.pdf>. Acesso em: 08 de outubro de 2018.

PIOVESAN, Flávia. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos e a Constituição Brasileira de 1988**. Revista O Direito. Lisboa: Almedina, ano 141, número 1, 2009.

Plano de Ação da CPLP para a Igualdade de Gênero e o Empoderamento das Mulheres, 2011. Disponível em:
<file:///C:/Users/Samsung/Downloads/PLANO-DE-A%C3%87%C3%83O_2017-2020.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

Plano Estratégico para a Igualdade de Género e Empoderamento das Mulheres na CPLP, 2010. Disponível em: <file:///C:/Users/Samsung/Downloads/PECIGEM_IIRMGenero_maio-2010.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

Planos Nacionais 2014 - 2017: III Programa de Ação para a Prevenção e Eliminação da Mutilação Genital Feminina. Lisboa: Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género, 2014.

Programa de Acção para a Eliminação da Mutilação Genital Feminina. Disponível em: <https://www.cig.gov.pt/wp-content/uploads/2013/12/1prog_eliminacao_mgf.pdf>. Acesso em: 16 de outubro de 2018.

Resolução (2010/2209 (INI)) do Parlamento Europeu. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX%3A52011IP0127>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

Resolução (2010/C 117 E/09) do Parlamento Europeu. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52009IP0161>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

Resolução (2010/C 285 E/07) do Parlamento Europeu. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:285E:0053:0058:PT:PDF>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

Resolução (2012/2684 (RSP)) do Parlamento Europeu. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+P7-RC-2012-0304+0+DOC+XML+V0//PT&language=pt>>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

Resolução de Lisboa - II Reunião de Ministros/as Responsáveis pela Igualdade de Gênero da CPLP. Disponível em: <file:///C:/Users/Samsung/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3odeLisboaligualdade+de+G%C3%A9nero2010.pdf>. Acesso em: 10 de outubro de 2018.

RIBEIRO, Manuel de Almeida; SALDANHA, António Vasconcelos de. **Textos de Direito Internacional Público - Organizações Internacionais**. Lisboa: ISCSP, 1995.

SANTOS, José Luiz dos. **O que é cultura**. 12 reimpr. 16.ed. São Paulo: Brasiliense, 2006. Disponível em: <<https://ayrtonbecalle.files.wordpress.com/2014/03/o-que-c3a9-cultura-jose-luiz-dos-santos.pdf>>. Acesso em: 19 de abril de 2018.

SARLET, Ingo W. Notas introdutórias ao Sistema Constitucional de direitos e deveres fundamentais. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; ____; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); MAURER, Béatrice ... [et al]. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. Ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 142 e 143.

SARMENTO, Daniel. Comentário ao artigo 220. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

SAYEG, Ricardo Hasson. Comentário ao artigo 27. In: BALERA, Wagner (coord.). **Comentários à Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

SILVA, Vasco Pereira da. **A cultura a que tenho direito – Direitos fundamentais e cultura**. Coimbra: Almedina, 2007.

SOTTOMAYOR, Clara. **Temas de Direito das Crianças**. Coimbra: Almedina, 2014.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; ALEXANDRINO, José de Melo. **Constituição da República Portuguesa Comentada**. Lisboa: Lex, 2000.

STARCK, Christian. **Dignidade humana como garantia constitucional: o exemplo da Lei Fundamental alemã**. trad. Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); MAURER, Béatrice ... [et al]. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

TAMER, Sergio Victor. **Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias – Um estudo sobre o controle dos atos políticos e a garantia judicial dos direitos sociais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

VAZ, Manuel Afonso. **Lei e reserva da lei: A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976**. Porto: Universidade Católica Lusitana, 1992.

WARNIER, Jean-Pierre. **A mundialização da cultura**. Tradução de Luís Filipe Sarmento. Lisboa: Editorial Notícias, 2000.